

**L'exemplaire filmé fut reproduit grâce à la
générosité de:**

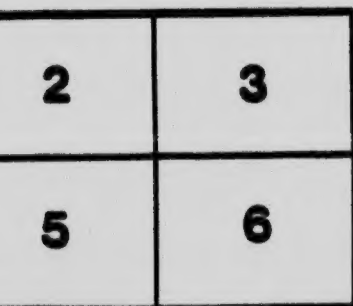
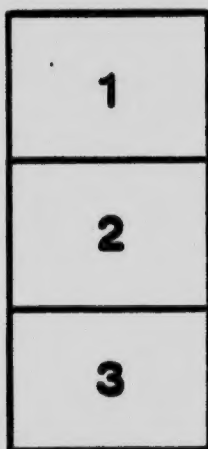
**Université d'Ottawa
Faculté du droit civil
Bibliothèque**

**Les images suivantes ont été reproduites avec le
plus grand soin, compte tenu de la condition et
de la netteté de l'exemplaire filmé, et en
conformité avec les conditions du contrat de
filmage.**

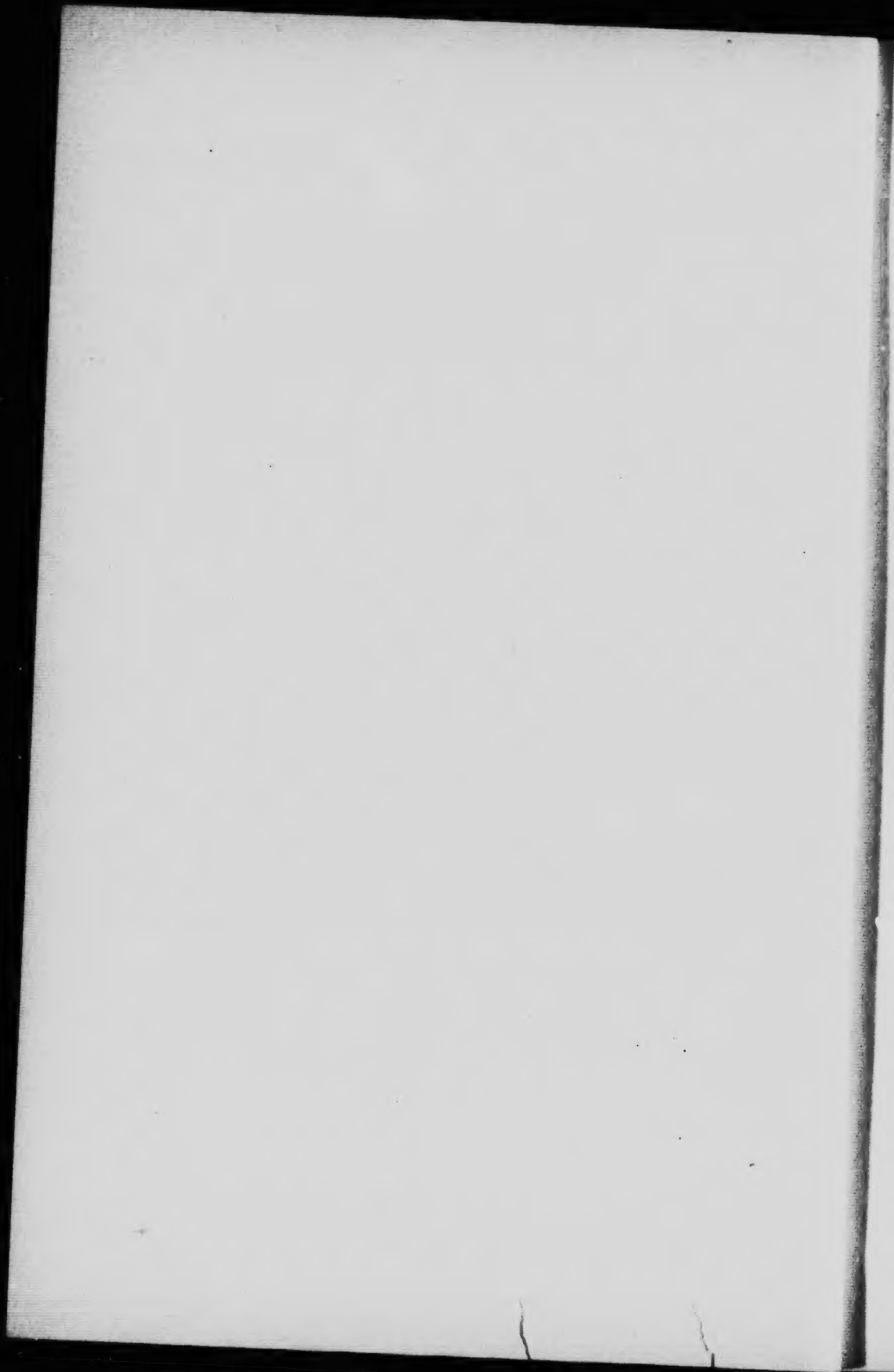
**Les exemplaires originaux dont la couverture en
papier est imprimée sont filmés en commençant
par le premier plat et en terminant soit par la
dernière page qui comporte une empreinte
d'impression ou d'illustration, soit par le second
plat, selon le cas. Tous les autres exemplaires
originaux sont filmés en commençant par la
première page qui comporte une empreinte
d'impression ou d'illustration et en terminant par
la dernière page qui comporte une telle
empreinte.**

**Un des symboles suivants apparaîtra sur la
dernière image de chaque microfiche, selon le
cas: le symbole $\rightarrow$ signifie "A SUIVRE", le
symbole ∇ signifie "FIN".**

**Les cartes, planches, tableaux, etc., peuvent être
filmés à des taux de réduction différents.
Lorsque le document est trop grand pour être
reproduit en un seul cliché, il est filmé à partir
de l'angle supérieur gauche, de gauche à droite,
et de haut en bas, en prenant le nombre
d'images nécessaire. Les diagrammes suivants
illustrent la méthode.**



DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE



1.52

UNIVERSITÉ LAVAL

QUÉBEC

Faculté de Droit

DE

L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

EUGÈNE des RIVIÈRES

Avocat, Licencié en Droit

et

Recorder suppléant de la Cité de Québec



QUÉBEC

DUSSAULT & PROULX ENR.

1914

Cette thèse a été lue par moi et j'en recommande l'impression.
Ce 14 septembre 1914.

E.-J. FLYNN,
Pro-Doyen.

Permis d'imprimer.
A.-E. GOSSELIN, *PtRE,*
Recteur, U. L.

16 septembre 1914.

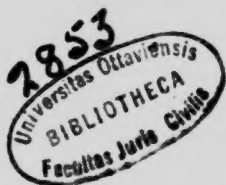
KEQ

317.6

114

1914

De l'Hypothèque Judiciaire



PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES ET ORIGINE

SOMMAIRE. 1—Généralités. 2—Origine et signification du mot "hypothèque". 3—Origine comme droit. 4—Comme institution de droit canadien. 5—Définition de l'hypothèque. 6—Différentes espèces. 7—Sources. 8—Origine de l'hypothèque judiciaire. 9—Origine de l'hypothèque judiciaire du Code civil. 10—Ressemblance avec le Code Napoléon. 11—Droit anglais.

1.—Si une personne contracte une obligation envers une autre, elle doit l'accomplir, et son patrimoine en est responsable, en vertu du vieil adage de droit "Qui s'oblige, oblige le sien". S'il en était autrement, d'ailleurs, on ferait mentir un autre ancien brocard de droit, à l'effet que "Nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui". Et si cette personne contracte plusieurs obligations, elle doit toutes les accomplir et ses biens deviendront le gage commun de ses créanciers.

La loi a prévu, cependant, des causes de préférence entre les créanciers et dans ce but elle a créé les privilèges et les hypothèques: ces droits comporteront donc l'idée de garantie ou gage, et de préférence, et c'est précisément là le but de l'hypothèque considérée au point de vue du créancier, qui obtient de par ce droit l'assurance que le gage répondra de sa créance dans l'état où il se trouve au moment où le droit prend naissance, et que de plus il sera préféré dans la distribution du prix de ce gage aux créanciers hypothécaires postérieurs et aux créanciers chirographaires.

L'hypothèque judiciaire, qui, comme le nom l'indique, est une des espèces d'hypothèques, est donc une cause de préférence entre créanciers.

2.—Le mot français "hypothèque" vient du mot latin "*hypotheca*", que le droit romain avait emprunté au grec *ὑποθήκη*, substantif dérivé du verbe *ὑποτίθημι*: qui signifie, en latin, "*sub pono*" et en français, "placer sous". Il semble qu'on a voulu rendre l'idée d'une chose soumise à une obligation. L'on sait que les anciens Grecs plaçaient (ceci ne s'applique pas à toutes les parties de la Grèce, cependant) sur un immeuble, pour y indiquer tantôt une aliénation, tantôt une obligation, des petites colonnes, monuments ou bornes, appelés *ἑστιά*.

3.—L'hypothèque comme droit fut connue et en usage chez les anciens peuples et son origine se perd dans la nuit des temps. Ainsi on en trouve des traces en Egypte, à Babylone, dans la Grèce.

On comprend facilement, en effet, que cette institution, pratiquée sous une forme quelconque, devint nécessaire aussitôt que les individus commencèrent à posséder des biens individuels, dès que la propriété cessa d'être commune.

Cependant, malgré l'antiquité d'une forme quelconque de droit hypothécaire et bien qu'il soit admis que le mot même vient du grec, il est généralement enseigné par les auteurs(1) que l'hypothèque, telle que nous la connaissons en droit français, est d'origine romaine. En effet, le nom seul a été emprunté aux Grecs, et il existait déjà, lors de son introduction, le gage ou "*pignus*", dont l'hypothèque n'est que le développement pour ainsi dire naturel.

Et il paraît assez probable que chez tous les peuples, les choses se passèrent ainsi. A l'origine, le débiteur était tenu de donner un gage à son créancier, qui en prenait possession, comme garantie de remboursement, et ce n'est que dans la suite que le créancier peut laisser son gage entre les mains de son débiteur sans courir le danger de perdre ses droits par une aliénation subséquente faite par le débiteur.

A Rome, à tout le moins, la législation développa rapidement l'hypothèque et accorda même au créancier l'action

(1) Ortolan, 2089; Troplong, 7, 8, 9, 554; 1 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Introduction; 1 Mignault, Introduction.

"quasi-serviana" ou hypothécaire. Et c'est à cette hypothèque et à cette action hypothécaire que les auteurs font remonter les origines de notre système hypothécaire moderne.

Dans l'ancien droit français, l'hypothèque fut usitée dès le commencement, et pouvait comme dans le droit romain affecter et les meubles et les immeubles, bien que l'hypothèque sur les meubles fut abolie à une époque reculée. Elle était produite par tout acte notarié et par les jugements.

Cette hypothèque était générale et clandestine.

Sous la révolution, la spécialité et la publicité des hypothèques furent prescrites.

Enfin, le code Napoléon opta également pour le régime de la publicité et de la spécialité, ne faisant exception que pour les hypothèques judiciaires et légales, tel que nous le verrons.

4.—Il est inutile d'insister ici sur le fait que, jusqu'à la cession du Canada en 1763, ce pays était soumis aux lois de la mère-patrie, la France. L'acte de Québec de 1774 accorda aux sujets de la province de Québec le bénéfice des lois civiles de la France.

Il est clair, cependant, qu'à partir de cette époque (1763) aucune législation française ne pouvait nous affecter.

Mais il fut passé depuis lors des ordonnances et des statuts relatifs à nos lois civiles et de nature à les changer.

Donc, nous pouvons dire que nous devons rechercher les origines de notre système hypothécaire, tel qu'établi dans le code civil, dans l'ancien droit français et dans notre législation coloniale avant 1866, époque où le code civil entra en vigueur, en nous rappelant que les codificateurs avaient mission de codifier les lois déjà existantes sur le même plan que le code français.

Lors de la conquête, l'hypothèque était en usage dans la colonie, et comme en France elle était clandestine et générale. Nous avons dit que la révolution française ordonna la publicité et la spécialité de l'hypothèque, mais, en la province de Québec, ce ne fut qu'en 1841 que ce progrès fut accompli, par le statut 4 Victoria, ch. 30.

5.—L'article 2016 du Code civil définit l'hypothèque comme suit:

"L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation, en vertu duquel le créancier peut les faire vendre en quelques mains qu'ils soient, et être préféré sur le produit de la vente suivant l'ordre du temps, tel que fixé dans ce Code".

6.—Suivant l'article 2019 du Code civil: "Elle est ou légale, ou judiciaire, ou conventionnelle".

7.—"L'hypothèque légale, dit l'article 2020 du Code civil, est celle qui résulte de la loi seule.

"L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires.

"L'hypothèque conventionnelle naît de la convention."

8.—L'hypothèque judiciaire, telle que comprise dans notre droit, nous vient du droit français.

Certains auteurs ont voulu en voir l'origine dans le "*pignus ex judicati causa*" ou le "*pignus judiciaire*", mais la plupart des auteurs croient, et avec raison, que c'est là une erreur. En effet, ce "*pignus judiciaire*" consistait dans le droit qu'avait un créancier d'obtenir par un ordre du juge la mise en possession de certains biens meubles ou immeubles de son débiteur, et ce, à titre de gage; mais ce droit découlait de l'ordre du juge plutôt que de la sentence rendue dans le litige et semblerait plutôt l'origine de la saisie que de l'hypothèque judiciaire. Pour en trouver la véritable origine, il faut remonter à l'Ordonnance de Moulins (1566), qui dit "dès lors et à l'instant de la condamnation donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation, il serait acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné, pour l'effet et l'exécution des jugements et arrêts sur lui obtenus."

Les différentes lois promulguées pendant la révolution française conservèrent et modifièrent quelque peu cette hypothèque, qui est également reconnue par le Code Napoléon, dont l'article 2116 est semblable à notre article 2019(1).

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1218.

9.—Quant à l'origine immédiate de l'hypothèque judiciaire, telle que créée par le Code civil, elle se trouve d'après le rapport même des Commissaires "dans l'ancien droit français avec les changements introduits tant par l'Ordonnance de la 4 Victoria, chap. 30, que par les statuts passés depuis. Cette ordonnance était elle-même basée sur les dispositions du code français qu'elle reproduisait presque en entier, sauf les formalités de la purge".(1)

Nous pouvons dire que l'hypothèque judiciaire existait au Canada, de même que celle résultant des actes notariés dès les premiers temps de la colonie, puisqu'elle existait en France à cette époque.

Comme en France également, elle commença par être clandestine et générale, pour devenir plus tard soumise à la publicité et à la spécialité.

10.—L'extrait du rapport des Commissaires que nous avons cité plus haut et les articles du Code Napoléon que nous reproduisons démontrent la grande ressemblance qui existe entre le droit français et le nôtre. En conséquence, des comparaisons entre les deux droits, des citations d'auteurs français et de la jurisprudence française ne manqueront ni d'actualité ni d'importance. Il existe entre eux, toutefois, des différences notables que nous signalerons. Pour n'en mentionner qu'une, bien que la principale, dès maintenant, disons que l'hypothèque judiciaire en France est générale, tandis qu'ici elle est spéciale à un certain point de vue.

11.—Au cours de cette étude, il serait inutile de chercher à faire des comparaisons entre notre droit civil et le droit anglais et de citer des précédents anglais, parce que la conception que l'on a de l'hypothèque ou "mortgage" sous le régime du droit anglais diffère totalement de la nôtre.

En effet, en vertu du droit commun anglais, le "mortgage" comporte l'idée de transport de la propriété du débiteur au créancier avec clause résolutoire en faveur du premier, ne donne ni le droit de préférence proprement dit, ni le droit de

(1) Rapport des Commissaires, 3ème vol., p. 56 et 57.

suite et peut affecter les meubles sous le nom de "Chattel mortgage".

Notons que, dans les différents pays, états ou provinces soumis à ce droit, la législation statutaire moderne a une tendance à modifier les principes du droit commun et surtout à reconnaître plus de droits au débiteur sur le bien affecté au "mortgage", mais aucune législation ne reconnaît au créancier les droits de préférence et de suite, qui sont les principaux effets de l'hypothèque telle que nous la connaissons.(1)

L'hypothèque judiciaire n'existe pas dans le droit anglais. Le créancier, porteur de jugement, peut, il est vrai, acquérir certains droits sur l'immeuble de son débiteur, mais ce ne sera que sur enregistrement d'un bref quelconque, et les droits qu'il aura ainsi acquis ne produisent aucun des effets de notre hypothèque judiciaire.

Lisons le même auteur:(2) "By the Statute 27 and 28 Victoria, c. 112, a judgment did not affect the lands of the debtor until such lands had been actually taken in execution. And now, by the "Land Charges Act", 1900, a judgment does not operate as a charge on land until a writ or order enforcing it is registered".

CHAPITRE II

DÉFINITION, NATURE, CARACTÈRE ET BIENS SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.

SOMMAIRE. 12—Définition. 13—Nature. 14—Caractères. 15—Droit réel. 16—Droit de préférence. 17—Droit de suite. 18—Accessoire. 19—Indivisible. 20—Biens susceptibles d'hypothèque. 21—Immeubles par nature. 22—Immeubles par destination. 23—Immeubles par l'objet auquel ils s'attachent. 24—L'emphytéose. 25—L'usufruit. 26—Usage et habitation. 27—Servitudes réelles. 28—Droits et actions immobiliers. 29—Hypothèque de l'hypothèque. 30—Immeubles par détermination de la loi. 31—Hypothèque sur meubles. 32—Hypothèque maritime.

12.—La définition que donne l'article 2016 de l'hypothèque en général s'applique à toutes les hypothèques, aux hypothèques judiciaires comme aux autres.

(1) Coote's Law of mortgages, eighth edition, vol. I, p. 655.
(2) Coote's Law of mortgages, vol. 2, p. 1247.

13.—D'une manière générale les hypothèques ne diffèrent entre elles que par la naissance, par la cause qui les produit. Une fois engendrées et enregistrées, elles produisent à peu près les mêmes effets. En notre droit, l'hypothèque judiciaire résulte de certains jugements en vertu de la loi sans qu'il soit besoin de conclusions spéciales à cet effet dans l'action. Elle existe tant pour le demandeur qui réussit que pour le défendeur, qui fait renvoyer l'action, quant à ses frais, ou pour ce qu'il peut avoir obtenu en vertu d'une demande incidente ou reconventionnelle.

Cette hypothèque doit être rendue publique et bien qu'elle puisse affecter tous les biens du débiteur, elle n'affectera que ceux qui auront été spécialement désignés.

14.—Nous le verrons, l'hypothèque judiciaire résulte de certains jugements et d'autres causes, mais, pour produire tous ses effets, elle doit être enregistrée. C'est donc du caractère de ce droit enregistré qu'il est question ici.

Disons immédiatement que les caractères de l'hypothèque judiciaire ne diffèrent aucunement de ceux des hypothèques conventionnelles ou légales. Et pour trouver ces caractères, nous n'avons qu'à lire l'article 2016, déjà cité, et l'article 2017 du Code civil, que voici :

“L'hypothèque est indivisible et subsiste en entier sur tous les immeubles qui y sont affectés, sur chacun d'eux et sur chaque partie de ces immeubles.—L'hypothèque acquise s'étend sur toutes les améliorations et alluvions survenues depuis à l'immeuble hypothéqué.—Elle assure outre le principal les intérêts qu'il produit, sous les restrictions portées au titre DE L'ENREGISTREMENT DES DROITS RÉELS, et tous les frais encourus.—Elle n'est qu'un accessoire et ne vaut qu'autant que la créance ou obligation qu'elle assure subsiste.”(1)

Nous ne développerons pas au long cette partie de notre travail et nous nous contenterons d'une simple énumération, vu que ceci regarderait surtout une étude générale sur l'hypothèque.

(1) (C. C., 2247.—C. P., 804).

15.—L'hypothèque est un droit réel et produit comme conséquences les droits de préférence et de suite. Cet avancé est basé sur l'article 2016 du Code civil.

16.—Le droit de préférence donne au créancier le droit de se faire payer par préférence aux créanciers chirographaires et aux créanciers hypothécaires postérieurs sur le produit de la vente de l'immeuble hypothéqué.

17.—Le créancier a le droit de suivre l'immeuble entre les mains de tout détenteur et de se faire payer par préférence. — Le droit de suite est donc plutôt un moyen pour le créancier de parvenir à exercer le droit de préférence.

Ainsi, lorsque le créancier hypothécaire trouve son immeuble entre les mains de son débiteur, il ne fait pas usage du droit de suite, mais exerce tout simplement son droit de préférence.

Si, au contraire, l'immeuble est entre les mains d'un tiers-détenteur, le créancier fait appel au droit de suite et exerce ensuite la préférence.

18.—L'hypothèque est un droit accessoire et est la garantie d'une créance existante. Ainsi pour l'hypothèque judiciaire qui résulte d'un jugement, son sort dépend de ce jugement, créée par lui elle ne peut avoir une vie plus longue, l'effet disparaît avec la cause.

Le dernier alinéa de l'article 2017 dit: "Elle n'est qu'un accessoire et ne vaut qu'autant que la créance ou obligation qu'elle assure subsiste".

19.—"*Est tota in toto et tota in qualibet parte*". Si deux immeubles sont affectés d'une même hypothèque, le créancier a droit de se faire payer sur le produit du premier immeuble vendu, ou encore si une fraction de l'immeuble est vendue, le créancier a encore le droit de se faire payer de toute son hypothèque sur cette partie; ou encore, comme autre exemple, l'hypothèque existe sur tout l'immeuble et sur chaque partie de l'immeuble tant que la créance n'est pas complètement acquittée et bien qu'elle le soit partiellement.

L'hypothèque s'étend aux améliorations et alluvions survenues depuis.

L'hypothèque aussi garantit non seulement la créance, mais

tous les accessoires, tels qu'intérêts sous certaine réserve, et les frais.(1)

Du fait que l'hypothèque est un accessoire, l'on conclut encore qu'elle passe avec le principal aux mains du successeur à titre universel ou particulier du créancier primitif.

Mais si l'hypothèque ne peut durer plus longtemps que l'obligation, il ne s'ensuit pas que l'hypothèque dure nécessairement aussi longtemps que l'obligation garantie, car il est fort possible que soit par consentement, par radiation ou prescription, l'accessoire disparaisse, bien que le principal subsiste encore.

20.—L'hypothèque, d'après la définition qu'en donne l'article 2016 déjà cité, ne peut affecter que les immeubles. Cela exclut donc les meubles, et d'ailleurs l'article 2022 déclare formellement qu'il n'y a aucune hypothèque qui puisse être prise sur les meubles.

Nous dirons que pour l'hypothèque conventionnelle, il y a une exception à cette règle générale créée en faveur de l'hypothèque maritime.

Nous démontrerons aussi que l'exception ne concerne pas cependant l'hypothèque judiciaire et est spéciale à l'hypothèque conventionnelle.

Donc, en vertu de cet article qui pose une règle générale affectant toutes les hypothèques, l'hypothèque judiciaire ne pourra affecter que les biens immeubles. D'ailleurs ceci ressort aussi nettement des articles créant l'hypothèque judiciaire.

Maintenant, s'il est établi que l'hypothèque en général et l'hypothèque judiciaire en particulier ne peuvent frapper que des immeubles, il ne s'ensuit pas qu'elles puissent affecter tous les biens immeubles.

Quels sont donc dans les biens immeubles susceptibles d'hypothèque judiciaire ?

Attendu que ce sont les mêmes que pour les autres hypothèques, l'étude de cette question regarde aussi plutôt un travail sur l'hypothèque en général, c'est pourquoi nous nous borne-

(1) Art. 2017 du Code civil.

rons à y répondre succinctement et sans donner à la question tous les développements qu'elle pourrait exiger.

L'article 2118 du Code Napoléon se lit comme suit: "Sont seuls susceptibles d'hypothèque: 1° les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles, 2° l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée."

Notre code n'a reproduit aucune disposition semblable à celle-ci. Aussi pour déterminer quels biens sont susceptibles d'hypothèque en notre droit, il faut recourir aux principes généraux et à différents articles de notre code. Il ne faut pas oublier que l'hypothèque ne peut affecter un bien qui n'est pas lui-même susceptible d'enregistrement distinct et de plus qui ne puisse être vendu par expropriation forcée, puisque c'est là un des effets principaux de l'hypothèque.

En vertu de ce dernier principe, on exclura donc les immeubles qui ne sont pas dans le commerce, tels qu'une citadelle appartenant à la Couronne, ou une rue appartenant à une cité.

D'après l'article 375 du Code civil, il y a quatre catégories de biens immobiliers: les immeubles par nature, par destination, par l'objet auquel ils s'attachent ou par la détermination de la loi. Une revue rapide de ces différentes espèces d'immeubles nous aidera à répondre à la question posée.

21.—Immeubles par leur nature.—Ce sont les véritables immeubles, ils sont immeubles "*per se*", et on ne peut concevoir qu'ils soient autrement, tels sont, suivant l'article 376 du Code civil, les fonds de terre et les bâtiments: ces biens sont évidemment susceptibles d'hypothèque.

Les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore cueillis, d'après l'article 378, sont aussi immeubles par nature, mais ils sont également accessoires de leur nature et ne pourraient être hypothéqués séparément du fonds de terre, parce que sitôt séparés ils deviennent meubles: ils sont donc susceptibles d'hypothèque, mais en autant seulement qu'ils ne sont pas séparés du tout.

22.—Immeubles par destination.—L'article 379 en cite plusieurs exemples, entr'autres: les ustensiles nécessaires à

l'exploitation des forges. La condition essentielle, c'est qu'ils y aient été placés à perpétuelle demeure. (1) Ces immeubles n'ont pas une existence distincte comme tels du fonds sur lequel ils se trouvent, et ils ne sont aussi susceptibles d'hypothèque que comme accessoires du plus grand tout; meubles, peut-on dire, par leur nature, ce sont des immeubles fictifs qui n'acquièrent cette qualité que par leur adjonction à un immeuble.

23.—Immeubles par l'objet auquel ils s'attachent.—Voici l'article 381 du Code civil: "Sont immeubles par l'objet auquel ils s'attachent: l'emphytéose, l'usufruit des choses immobilières, l'usage et l'habitation, les servitudes, les droits ou actions qui tendent à obtenir la possession d'un immeuble".

24.—L'emphytéose.—L'article 570 du Code civil dit: "Le preneur qui jouit de ses droits peut aliéner, transporter et hypothéquer l'immeuble ainsi baillé, sans préjudice aux droits du bailleur".

Et l'article 571: "L'immeuble baillé à emphytéose peut être saisi réellement par les créanciers du preneur, auxquels il est loisible d'en poursuivre la vente en suivant les formalités ordinaires du décret".

Ces deux articles établissent donc clairement qu'un immeuble baillé emphytéotiquement sera susceptible d'hypothèque, mais cette hypothèque ne survivra évidemment pas aux droits du preneur.

25.—L'usufruit.—Il s'agit ici clairement de l'usufruit considéré comme droit distinct de la nue-propriété; il ne peut être question pour le nu propriétaire d'hypothéquer à l'un sa nue propriété et à l'autre l'usufruit, car c'est un droit qui s'éteint par la réunion des deux droits en la même personne; (2) et il ne pourrait non plus hypothéquer au même les deux droits séparément.

Mais il s'agit du cas où l'un est propriétaire de la nue propriété et un autre de l'usufruit.

(1) Art. 380 C. C.

(2) Art. 479 du Code civil.

“L’usufruitier, dit l’article 457, peut jouir par lui-même, louer et même vendre son droit, ou le céder à titre gratuit.”

L’usufruit n’est donc pas un droit personnel, il est au contraire cessible et aliénable; il n’y a rien alors qui s’oppose à ce qu’il puisse être saisi et hypothéqué.

Si un créancier peut le saisir, et la jurisprudence est unanime à cet effet, pourquoi ne pourrait-il pas l’hypothéquer judiciairement de manière précisément à s’assurer l’exercice de ses droits. Cependant encore ici, les droits de l’usufruitier peuvent prendre fin et toute hypothèque sera nécessairement plus ou moins précaire.

26.—*L’usage et l’habitation.*—Les articles 494 et 497 se lisent respectivement comme suit:

“L’usager ne peut céder ni louer son droit à un autre”.

“Le droit d’habitation ne peut être cédé ni loué”.

Ce sont des droits personnels à celui en faveur de qui ils sont créés et de sa famille. Ils ne sont donc pas susceptibles d’aucune hypothèque qui ne pourrait aboutir à une expropriation, puisqu’ils ne peuvent être vendus.

27.—*Les servitudes réelles.*—Suivant l’article 499 du Code civil, on définit les servitudes réelles: “La servitude réelle est une charge imposée sur un héritage pour l’utilité d’un autre héritage appartenant à un propriétaire différent”.

On comprend facilement que la servitude en autant qu’elle est accessoire de l’héritage dominant soit susceptible d’hypothèque, car l’hypothèque de cet héritage en couvre tous les accessoires et les servitudes comme les autres. Même il est clair que dans bien des circonstances la servitude ajoutera une grande valeur à l’hypothèque, mais la servitude comme entité distincte n’est pas susceptible d’hypothèque; ce serait en effet contraire à sa nature, telle qu’elle apparaît par la définition ci-dessus; créée pour l’usage du fonds dominant, elle en est inséparable et ne peut en être enlevée que pour retourner au fonds servant.

28.—*Les actions ou droits* qui tendent à obtenir la possession d’un immeuble: ce sont les actions que l’on appelle immobilières; telle serait l’action en revendication d’une terre ou

encore le droit à une action à réméré. Celui qui a un droit précaire, résolutoire ou suspensif ou conditionnel peut bien hypothéquer l'immeuble en question, mais il ne s'agit pas de cela, ce qu'il faut étudier c'est de savoir si le droit lui-même ou l'action elle-même peuvent être hypothéqués. Nous répondons sans hésiter dans la négative; en effet, au point de vue pratique ces droits ne sont pas enregistrés comme corps séparés; l'immeuble est enregistré et l'on peut prendre sur icelui des hypothèques si l'on le désire, mais non pas sur des droits ou espérances.

Si celui qui a droit à ces sortes d'actions veut hypothéquer, il le peut peut-être, mais il ne peut hypothéquer à la fois et son droit et la propriété du fonds. Bien qu'à la rigueur, l'on puisse dire qu'il hypothèque son droit, qui est inhérent à sa propriété.

29.—L'hypothèque elle-même est-elle susceptible d'hypothèque? Peut-on hypothéquer une hypothèque?

La question peut se poser parce que l'hypothèque est certainement un droit immobilier bien qu'elle ne soit pas mentionnée comme tel par le code au chapitre des immeubles. D'autant plus que l'hypothèque de l'hypothèque était admise dans le droit romain et dans l'ancien droit français; mais maintenant en France comme chez nous l'hypothèque de l'hypothèque n'existe pas. D'abord l'hypothèque n'est qu'un accessoire et n'est pas un immeuble enregistré, mais est simplement un droit immobilier enregistré sur un immeuble.

D'ailleurs, croyons-nous, l'article 824 du code de procédure qui déclare quels sont ceux qui peuvent faire une opposition en sous-ordre sur une distribution du prix de vente d'un immeuble ne mentionne pas celui qui a une hypothèque sur l'hypothèque, ainsi donc le code refuse de reconnaître cette hypothèque puisqu'elle lui refuse le principal effet de l'hypothèque: le droit de préférence.

Reconnaître cette hypothèque serait de plus le bouleversement de tout notre système de publicité des droits réels.(1)

(1) Arts 2016 et 2042 du Code de procédure.

30.—Immeubles par la détermination de la loi.—Ces immeubles, tels qu'énumérés par l'article 382 du Code civil, sont des immeubles fictifs, ce sont des meubles "*per se*" que la loi immobilise pour quelque raison spéciale, par faveur généralement pour quelque personne afin que l'on puisse en disposer moins facilement dans l'intérêt et pour la protection de ces gens que la loi considère comme dignes de sa protection, comme les mineurs.

En notre droit le *capital des rentes* constituées créées avant la promulgation du code est déclaré immeuble et est susceptible d'hypothèque. En effet, ces droits peuvent être saisis et vendus et ils ont une existence propre et distincte du fonds même; d'ailleurs ils sont enregistrés tout comme l'usufruit.

Les sommes appartenant à des mineurs, mentionnées dans cet article, ne sont pas susceptibles d'hypothèque, car notre système d'enregistrement ne le prévoit pas, puisqu'il ne pourvoit pas à l'enregistrement de ces sommes, et, en pratique, on ne pourrait les hypothéquer.

Ces sommes d'argent peuvent être saisies, mais on ne conçoit pas qu'elles soient vendues, donc pas d'hypothèque qui ne pourrait produire ses effets. (1)

31.—L'article 2022 du Code civil se lit comme suit: "Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque".

La signification de cet article est tout simplement que l'on ne peut ni prendre ni consentir hypothèque sur les biens mobiliers en cette province.

C'est clairement là une règle d'une grande importance. Elle est tirée du droit français et l'on trouve dans le code Napoléon(2) un article absolument semblable.

Et c'est là une autre et considérable différence avec les droits anglais et américain dans lesquels existe le "*Chattel-Mortgage*", qui s'y rencontre souvent.

Donc un jugement ne peut être enregistré dans le but de créer une hypothèque contre des biens meubles dans cette province.

(1) Fuzier-Herman, vol. 23, nos 123 et seq.; Thézard, 39 et seq.; 3 Aubry et Rau, 259; 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 909 et seq.

(2) Art. 2119.

On se demande, d'ailleurs, avec notre système d'enregistrement, comment la chose pourrait se faire en pratique, attendu que le cadastre n'en tient pas compte et que les meubles de plus ne sont aucunement mentionnés aux bureaux d'enregistrement.

Cette règle, malgré son importance, ne requiert pas de longs développements, à cause de sa lucidité et du fait qu'il n'y est fait aucune exception.

La règle est absolue; dans notre droit le seul cas où les meubles ont suite c'est dans le cas du locateur, mais alors c'est un privilège et non pas une hypothèque que ce dernier exerce.

Cependant, en rapport avec cet article, il s'est soulevé une question qui ne manque pas d'offrir de l'intérêt; c'est le cas où le vendeur d'un meuble incorporé à un immeuble vient en concurrence avec les créanciers ayant hypothèque judiciaire ou autre sur le dit immeuble.

Qui doit avoir la préférence dans le cas où l'immeuble et les meubles sont vendus comme un seul tout ?

La Cour de Revision de Québec a étudié cette question dans une cause de Bilodeau vs Sharples et vir et la Forsaith Machine Co. et la Banque Union.(1)

La Cour Supérieure avait donné gain de cause au vendeur, mais la Cour de Revision a renversé ce jugement et a déclaré que le créancier hypothécaire primait la créance du vendeur en pareil cas. Le juge Casault, qui a rendu le jugement, cite un grand nombre d'arrêts contradictoires rendus en France, ainsi que des opinions des différents auteurs qui ne s'accordent pas non plus, et il finit par adopter l'opinion que le privilège du vendeur n'est éteint qu'à l'encontre des créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble auquel le meuble a été attaché et dont il fait par là même partie; tandis que le vendeur primerait par privilège les créanciers simplement chirographaires.

Et il nous semble que cette décision est éminemment équitable, attendu que le vendeur pouvait parfaitement se protéger soit en exigeant un paiement au comptant, soit en exerçant les autres recours prévus ou à lui accordés par la loi.

(1) 14 Q. L. R. 332.

Il est bien entendu qu'il s'agit dans le cas qui nous occupe de meubles devenus immeubles par destination, incorporation ou nature et non pas de meubles placés dans ou sur un immeuble et qui pourrait en être enlevés, sans empêcher le fonctionnement de l'usine, s'il s'agit de ça.

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes(1) développent et adoptent cette manière de voir:

"Le créancier hypothécaire a un droit réel sur l'immeuble hypothéqué et sur tous ses accessoires.

"En immobilisant par destination les meubles qu'il a achetés, le propriétaire les affecte à l'hypothèque. Cette affectation s'oppose à ce qu'ils puissent être détachés du fonds, dont ils sont devenus l'accessoire. Il y a, dès lors, une impossibilité légale à ce que le vendeur exerce son privilège."

MM. Aubry et Rau (2) ajoutent même que peu importe que l'hypothèque ait existé lors de la vente ou n'ait été créé qu'après cette vente(3).

Cette même question s'est présentée sous un autre aspect dans une cause de D.-A. McCaskill vs The Richmond Industrial Co., et La Corporation de la Ville de Richmond, opposante, et D.-A. McCaskill, contestant.(4)

Dans cette cause, le demandeur avait fait saisir et vendre comme meubles en vertu d'un *fieri facias de bonis* des machines et du matériel devenus immeubles par destination pour avoir été attachés à un immeuble sur lequel l'opposante avait une hypothèque.

Le juge Lemieux a décidé que l'opposition ayant pour but de faire accorder une préférence au créancier hypothécaire sur les créanciers chirographaires, comme le demandeur, devait être maintenue.

"La doctrine légale, en pareille matière, dit le savant magistrat, telle qu'exposée dans les auteurs ci-après mentionnés, enseigne, d'une manière non équivoque, que les créanciers hypothécaires ne peuvent venir par préférence aux créanciers chiro-

(1) Vol. 1, 504.

(2) 3 Aubry et Rau, p. 670.

(3) Thézard, page 65.

(4) 23 C. S. 381, Lemieux, juge, confirmée par la Cour de Revision.

graphaire, mais seulement par contribution sur le produit d'objets mobiliers devenus immeubles par destination, lorsque les objets ont été déplacés et séparés de l'immeuble par le débiteur, puis saisis, mais si les objets mobilisés n'ont pas été déplacés ni séparés de l'immeuble auquel ils étaient incorporés ou dont ils faisaient partie, et à l'exploitation duquel ils étaient nécessaires, alors et dans ce cas, la saisie et la vente d'iceux, même comme meubles, ne peuvent priver les créanciers hypothécaires d'être colloqués sur le produit de la vente, ou, dans le cas de vente privée, d'en rechercher le prix entre les mains de l'acheteur."

Il semble qu'il est difficile d'exposer plus succinctement et en même temps plus clairement la doctrine légale⁽¹⁾ à ce sujet, aussi ce jugement devra-t-il faire jurisprudence.

32.—L'article 2022 C. C. déclare que les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèques, mais les articles 2374 et suivants et 2594 et suivants comportent une exception ou dérogation à cette règle générale en décrétant que les bâtiments, qui sont des biens meubles, peuvent être hypothéqués.

Devons-nous donc conclure qu'un créancier du propriétaire d'un bâtiment peut enregistrer sur celui son jugement, c'est-à-dire, un bâtiment est-il susceptible d'hypothèque judiciaire ?

Non. Car il ne s'agit dans ces articles que de l'hypothèque conventionnelle, et, du principe général que les biens susceptibles de cette hypothèque, sont également sujets aux autres, il n'est pas permis de conclure à l'affirmative. Une exception est faite par une loi spéciale pour l'hypothèque conventionnelle seulement, et cette disposition qui déroge à la loi générale ne saurait être étendue par analogie.

De plus, l'article 2018 C. C. dit: "L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi".

Donc, vu cet article et en l'absence d'un texte spécial permettant l'enregistrement d'une hypothèque judiciaire sur un

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 2007; 3Aubry et Rau, page 701.

bâtiment, il faut appliquer à ce meuble la loi générale et dire qu'il n'est pas sujet à cette hypothèque.

Il résulte d'ailleurs des dispositions des articles 2034 et 2026 C. C. que l'hypothèque judiciaire ne peut affecter que les immeubles.

L'hypothèque judiciaire maritime n'existe pas dans le droit français.

"L'hypothèque maritime ne peut être établie que par conventions. L'hypothèque judiciaire et l'hypothèque légale sont donc prescrites en cette matière." (1)

Ces auteurs donnent comme raison de cette législation que le législateur n'a pas voulu porter atteinte au crédit du propriétaire de bâtiments, mais au contraire a voulu lui laisser en mains un nouvel instrument de crédit.

CHAPITRE III

CAUSES DONT RÉSULTE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

SOMMAIRE. 33—L'article 2034 du Code civil. 34—Quels tribunaux. 35—Quels jugements. 36—Somme fixe de deniers. 37—Accidents du travail. 38—Sentences arbitrales. 39—Tribunal incompétent. 40—Reddition de compte. 41—Expropriation. 42—Pension alimentaire. 43—Rente viagère. 44—Commission des utilités publiques. 45—Titres exécutoires en France. 46—Cautionnement. 47—Actes judiciaires. 48—Jugements au dessous de quarante piastres. 49—Jurisprudence. 50—Ce qu'il faut entendre par somme de quarante piastres. 51—Frais. 52—Avertissement.

33.—Le Code civil consacre à l'hypothèque judiciaire une section dont le premier et principal article est le suivant:

Article 2034 du Code civil: "L'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires ou par défaut, rendus par les tribunaux du Bas-Canada et portant condamnation à payer une somme fixe de deniers. Le jugement emporte également hypothèque pour les intérêts et les frais, sans qu'ils y soient liquidés, sous les restrictions contenues au titre "De l'enregistrement des droits réels."—Elle résulte aussi de tout acte de cautionnement reçu en justice et de tout autre acte de procédure judiciaire créant l'obligation de payer une somme

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 961.

déterminée.—Elle est soumise aux règles contenues en l'article 2026. (C. C., 2121)".

L'article correspondant dans le Code Napoléon est celui-ci:

Article 2123: "L'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur, de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées. Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution. L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français; sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités."

Cet article 2034 est d'une grande et même de toute importance dans cette matière, attendu qu'il est la base même du système de l'hypothèque judiciaire.

L'on constatera facilement la grande ressemblance entre notre article et celui du droit français. Notre article quoique plus concis et moins explicite comporte à peu près la même signification.

Il est certainement bon de noter immédiatement que dans le droit français il n'est pas nécessaire que la condamnation soit à une somme fixe de deniers.

✓ Il ressort de la lecture de l'article 2034 que deux choses sont essentielles à la création d'une hypothèque judiciaire en vertu d'un jugement: d'abord un jugement et ensuite une condamnation à une somme fixe de deniers.

Dans ce chapitre, nous examinerons les causes qui produisent l'hypothèque judiciaire, ce qui nous amènera naturellement à dire quels tribunaux peuvent rendre des jugements comportant cette hypothèque et quels sont les jugements de ces tribunaux qui ont cet effet.

34.—Tous les tribunaux de la province de Québec peuvent

rendre des jugements qui comportent hypothèque judiciaire.

Cette règle est d'application générale et comprend les tribunaux supérieurs et inférieurs, les tribunaux de juridiction civile aussi bien que criminelle, les tribunaux de première instance ainsi que ceux d'appel.

Un jugement d'un pays étranger, ou même d'une autre partie de l'Empire ou d'une autre province ne peut comporter hypothèque.

En France, le Code Napoléon mentionne certains cas où des jugements d'un pays étranger peuvent comporter hypothèque: comme résultat d'un traité ou encore s'ils sont déclarés exécutoires en France par un tribunal français. Et les différents auteurs ont discuté et présenté un grand nombre de systèmes quant à la différence entre les jugements rendus en pays à eux étrangers contre des Français ou contre des étrangers et aussi pour fixer quels étaient les droits des tribunaux français quant à ces jugements étrangers qu'on leur demandait de déclarer exécutoires. Mais cette discussion n'offre aucun intérêt pour nous, car les jugements étrangers ne peuvent en cette province, en vertu des articles du Code de procédure civile 210 et seq., que servir de base à une poursuite, et c'est le jugement de nos tribunaux qui comporte l'hypothèque et non pas le jugement originaire.

Faudrait-il conclure qu'un jugement de la Cour Suprême ou de la Cour du Conseil Privé ne comporterait pas hypothèque judiciaire? Nous ne le croyons pas, et ce que le Code entend par tribunaux de la province de Québec, ce sont tous les tribunaux ayant juridiction dans la province de Québec et dont les jugements peuvent y être exécutés, que ces tribunaux siègent ou non dans la Province ou soient ou non de création provinciale ou sous la juridiction fédérale.

Quant aux tribunaux criminels, la province n'a pas de juridiction à leur sujet et l'utilité d'enregistrer leurs jugements doit être assez rare, mais, au point de vue théorique, il n'y a aucune raison qui les empêche de suivre la loi générale pourvu toutefois qu'ils rencontrent les conditions voulues.

35.—Le code mentionne les jugements contradictoires ou par défaut.

Le Code Napoléon ajoute les jugements définitifs et provisoires. Notre article est évidemment assez général pour couvrir ces deux dernières espèces de jugement.

S'il s'agit de rechercher quel est le criterium essentiel d'un jugement comportant hypothèque judiciaire, l'on peut dire: il doit nécessairement contenir une condamnation à payer une somme fixe de deniers.

En conséquence, il importe peu qu'un jugement soit rendu par défaut, ou après contestation, qu'il soit final ou provisoire, il comportera hypothèque s'il entraîne la condamnation requise.

Ceci aura pour effet d'exclure de cette catégorie un jugement simplement préparatoire, comme la nomination d'un curateur, ou interlocutoire comme une nomination d'experts, et au contraire d'inclure le jugement provisoire, comme, par exemple, celui qui accorde une pension alimentaire provisoire à la femme qui poursuit son mari en séparation de corps et de biens.

Un jugement obtenu du consentement des parties entraîne aussi l'hypothèque judiciaire. En effet, A poursuit B pour \$1,000; avant de procéder à l'enquête, les deux parties consentent à ce que jugement intervienne pour \$500. Ce jugement comportera hypothèque parce que ce n'est pas le consentement des parties seules qui crée l'obligation, mais bien la sentence qui confirmera cette convention. Et le juge peut refuser de rendre le jugement, s'il considère, par exemple, qu'il serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

De même, il faut décider qu'un jugement annulable pour vice quelconque entraînerait hypothèque, tant qu'il n'aura pas été déclaré nul, ou que l'on n'y aura pas renoncé.

36.—*"Une somme fixe de deniers."* Il faut comprendre dans ces mots tout jugement dont la condamnation comporte une charge sur l'immeuble qui peut être déterminée; ainsi la Cour d'Appel a décidé dans la cause *Tabb & Beckett*, citée plus loin, qu'un jugement condamnant une personne à payer

à une autre une somme de tant par mois comporte hypothèque judiciaire.

37.—Il y a une classe spéciale de jugements en France qui n'emportent pas hypothèque judiciaire. Ce sont les jugements dans les causes d'accidents du travail. Et attendu la ressemblance entre la loi française et notre loi sur le risque professionnel contenue dans le Statut 9 Edouard VII, chapitre 66, appelée ordinairement la Loi Taschereau, du nom de son auteur, l'honorable M. L.-A. Taschereau, ministre des travaux publics et du travail, l'on peut se demander si un jugement fixant une indemnité comporte l'hypothèque judiciaire.

En France, l'on a considéré que l'ouvrier victime ou ses ayants droit sont tellement protégés par les privilèges tant sur les meubles que sur les immeubles qui garantissent le paiement de leur indemnité, qu'il n'était pas nécessaire de leur accorder une garantie additionnelle sous forme d'hypothèque judiciaire.

Et en vue de ce raisonnement, l'on a mis dans la loi le paragraphe suivant:

"Les décisions judiciaires(1) n'emporteront hypothèque que si elles sont rendues au profit de la caisse des retraites exerçant son recours contre les chefs d'entreprise ou les compagnies d'assurance."

Dans notre droit l'ouvrier victime ou ses ayants droit est aussi bien protégé qu'en vertu de la loi française et le paragraphe 20 de notre loi accorde des privilèges tant sur les meubles que sur les immeubles.

De plus nous ne trouvons aucune mention soit de l'obligation d'enregistrer ces privilèges soit d'hypothèque judiciaire.

Nous croyons en conséquence que ce jugement en notre droit suit la règle générale et comporte hypothèque. En effet, le fait que cette créance soit privilégiée sur les immeubles n'a pas en soi l'effet d'empêcher le jugement accordant une certaine indemnité de produire une hypothèque.

Il est vrai que cette loi Taschereau est une loi spéciale et d'exception, mais sans texte formel, il n'y aucune raison pour en venir à la conclusion que le législateur a voulu enlever aux

(1) Art. 20, par. a.

jugements rendus en vertu d'icelle le pouvoir de produire l'hypothèque judiciaire.

38.—En France, comme nous l'avons vu, le Code Napoléon dit que "les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtus de l'ordonnance judiciaire d'exécution".

Nous n'avons aucun texte semblable à celui-là dans notre code: cependant, nous avons dans notre organisation tant légale que statutaire des arbitres, et il n'est pas sans intérêt d'examiner quel est l'effet produit par leur sentence au point de vue qui nous occupe dans cette étude.

Et l'intérêt que peut comporter cette question augmente de plus en plus dans un pays comme le nôtre, où, comme dans tous nouveaux pays, la construction publique ou semi-publique fait tant de progrès et où l'expropriation et le recours en conséquence à l'arbitrage sont d'actualité quotidienne.

Il y a tout d'abord l'arbitrage purement conventionnel: y ont recours deux personnes ne pouvant s'entendre sur un différend qui s'est élevé entre elles, par exemple, deux cultivateurs voisins à la campagne, alors que les animaux de l'un ont pénétré sur la terre de l'autre et ont détruit sa récolte, ne s'accordent pas sur le montant du dommage causé et au lieu d'avoir recours aux tribunaux et, dans le but d'éviter des frais de justice plus ou moins considérables, ils nomment un arbitre ou trois arbitres et s'engagent à accepter la décision rendue.

Il est évident que, bien que cette décision arbitrale soit finale et obligatoire entre les parties, et puisse servir de base à une réclamation en justice, de cette sentence ne peut résulter une hypothèque judiciaire, en vertu des termes du code.

En effet, dans ce cas, la sentence n'est réellement le résultat pure et simple de la convention entre les parties, qui ne saurait produire le même effet que les jugements dont parle notre article.

Le code de procédure civile aux articles 411 et seq. prévoit le cas où dans une cause procédant devant un tribunal légalement constitué, le tribunal lui-même d'office ou à la demande

de l'une des parties a recours à l'aide d'arbitres pour en arriver à une décision.

Voici l'article 411 C. P.: "Le tribunal, d'office ou à la demande d'une des parties, ou le juge, à la demande de l'une des parties, peut renvoyer la cause à la décision d'arbitres, dans le cas de différends entre parents, relativement aux partages ou à d'autres matières de fait dont l'appréciation est difficile pour le tribunal, et du consentement des parties dans tout autre cas".

Ici les arbitres ont plus ou moins de pouvoirs selon qu'il leur en a été donné par le jugement faisant leur nomination; et ils rendent ensuite leur sentence ou font leur rapport, mais dans tous les cas c'est le jugement confirmant la sentence ou homologuant le rapport qui donne la force d'exécution à l'œuvre des arbitres.

Il découle de ce qui précède que, dans ce cas, ce jugement produit l'hypothèque judiciaire, et, même s'il est basé sur la décision des arbitres et conforme à cette décision, l'on ne peut dire que la décision arbitrale produit l'hypothèque judiciaire, car c'est le jugement qui a ce résultat, et la décision arbitrale n'a effet que parce qu'elle est revêtue de l'autorité du tribunal qui l'a faite sienne.

39.—Les jugements rendus par un tribunal incompétent emportent-ils hypothèque judiciaire?

Pour résoudre cette question, il faut distinguer entre l'incompétence "*ratione personæ*" et "*ratione materiæ*".

Il arrive souvent en cette province qu'une cause, qui devrait être inscrite et plaidée dans un district rural, est inscrite et plaidée soit à Québec ou à Montréal, et ce, parce que les parties y ont spécialement consenti à la demande et pour la commodité très souvent de leurs procureurs respectifs qui habitent l'un de ces centres.

Le juge siégeant à Montréal ou à Québec était incompétent "*ratione personæ*"; et si le défendeur n'y avait pas consenti, il aurait pu faire renvoyer la cause dans le district "*a quo*". Mais vu le consentement des parties, cette incompétence n'est pas invoquée et le juge entend la cause et rend jugement.

Il est clair que ce jugement entraîne hypothèque, attendu que

l'obstacle à la compétence du tribunal a été écarté par la seule personne en faveur de qui la règle existe et ceci sans léser aucun intérêt public.

D'un autre côté si l'incompétence existe "*ratione materiae*", la décision serait-elle la même ?

La Cour des Commissaires, dont la juridiction est limitée par la loi, qui entendrait une cause pour assaut et batterie, ou encore la Cour de Circuit, qui entendrait une cause dont le montant en litige est de mille piastres, sont des tribunaux incompétents "*ratione materiae*".

La question ne se pose que si les parties consentent à accepter la juridiction de ces cours, car, autrement, le défendeur obtiendrait soit le renvoi pur et simple de l'action soit son évocation ou le renvoi devant le tribunal compétent.

L'on a prétendu(1) qu'il faut distinguer entre les jugements émanant d'un juge dont la compétence est limitée à une certaine somme et ceux d'un juge dont la compétence est limitée à une certaine espèce de litige.

Quant aux premiers v. g. comme le jugement d'un magistrat de district qui a juridiction jusqu'à un certain montant seulement et qui rendra jugement condamnant le défendeur à un montant supérieur, ces auteurs décident que les jugements rendus dans de telles circonstances comportent hypothèque judiciaire grâce au consentement des parties. Ils s'appuient sur l'argument que ce juge ayant le pouvoir de juger jusqu'à une certaine somme a, par ses attributions légales, le principe de l'autorité nécessaire pour se prononcer sur un montant plus élevé. Le consentement des parties ne créerait pas une juridiction nouvelle, mais aurait seulement pour effet de l'étendre et de l'agrandir dans le même sens.

Quant aux tribunaux qui se prononcent sur des matières en dehors de leur juridiction, comme la Cour des Commissaires, jugeant une affaire d'assaut et batterie, ils en viennent à la conclusion qu'ici l'incompétence est d'ordre public et que le consentement des parties ne peut donner à un tribunal une juridiction de ce genre qu'il n'a pas, que le juge n'est juge que

(1) Troplong, 2123; de Lorimier, vol. 17, p. 525.

pour se prononcer sur certaines matières et que s'il va au delà, son jugement est nul et n'emporte pas hypothèque judiciaire. Le consentement des parties ne peut en faire qu'un arbitre dont la décision n'aurait pas non plus cet effet.

Nous croyons ce raisonnement juste et nous ne concevons pas qu'un tribunal adjugeant sur une matière qui est étrangère à sa juridiction rende un jugement qui puisse produire une hypothèque judiciaire.

Il est évident, cependant, que si le jugement est rendu, l'hypothèque peut être enregistrée, mais elle sera radiée, si telle radiation est légalement demandée, et c'est dans ce sens que l'on dit qu'un jugement ne produit pas hypothèque judiciaire.

D'un autre côté nous ne sommes pas d'accord avec les auteurs qui disent qu'un tribunal incompetent jusqu'à une certaine somme peut être rendu compétent par la seule volonté des parties.

La loi dit que la juridiction de la Cour de Circuit s'étend jusqu'à cent piastres ou deux cents piastres suivant le district où elle siège, et il faudrait conclure, si l'on adoptait cette manière de voir, que la volonté des parties pourrait lui donner le droit de juger un litige jusqu'à mille piastres et condamner en conséquence jusqu'à concurrence de ce montant et que ce jugement serait légal et produirait hypothèque.

Nous croyons que ce serait là une erreur et qu'en général l'incompétence d'un tribunal "*ratione materiae*" est d'ordre public et que nul n'y peut légalement déroger.

Un tel juge ou un tel tribunal n'a que la juridiction que la loi lui accorde; en dehors de ce cercle il ne peut se prononcer sur les différends entre ses semblables ou sur leurs réclamations les uns contre les autres. Il nous semble évident que l'une des principales considérations qui ont dû influencer le législateur en lui faisant attribuer à tel ou tel tribunal telle juridiction a été précisément le montant en litige tout autant que la nature de ce litige. Aussi pourquoi ne pas appliquer le même raisonnement aux deux cas?

Et il nous paraît autant sinon plus d'ordre public dans bien

des cas qu'un tribunal ne puisse se prononcer sur un litige au delà d'un certain montant que sur un litige qui est en dehors de sa juridiction.

M. Baudry-Lacantinerie(1) enseigne bien aussi que l'hypothèque résulte même d'un jugement rendu par un tribunal incompetent sans distinguer entre l'incompétence *ratione personæ et ratione materiæ*, mais il ne prétend pas que ce jugement serait valide et que l'hypothèque ne serait pas mise de côté sur contestation.

Et c'est là précisément ce que nous avons soutenu un peu plus haut.

40.—Le code Napoléon n'exige pas que la condamnation, pour produire une hypothèque, soit pour une somme fixe de deniers; d'où il résulte, on le comprend facilement, que certains jugements qui, en France, emportent hypothèque, ne le feraient pas sous le régime de notre code.

Ainsi, en France, l'on décide que les jugements ordonnant une reddition de comptes emportent toujours une hypothèque judiciaire qui garantira le paiement des dommages-intérêts au cas de non exécution. Et même de plus la jurisprudence et les opinions de nombreux auteurs sont à l'effet que cette hypothèque garantit l'obligation de payer le reliquat.

En notre droit, nous croyons que le jugement sur l'action en reddition de comptes n'emporterait hypothèque que pour le cas où le défendeur serait condamné spécialement au paiement d'un montant de dommages déterminé dans l'éventualité où il refuserait de se conformer à ce jugement, mais que, quant au reliquat, attendu qu'il est absolument indéterminé au moment où le jugement est rendu, il ne peut en aucun cas être garanti par cette hypothèque. Et dès que le comptable aura rendu compte l'hypothèque devra disparaître.

41.—L'expropriation est, comme l'on sait, un mode d'acquisition spécial de la propriété.

Il est spécial dans le sens qu'il est restreint à certaines personnes ou corporations à qui la loi accorde ce bénéfice en vue

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1238.

de l'intérêt public ou général, lequel est censé primer l'intérêt particulier.

L'expropriation ou la cession de la propriété est consentie volontairement dans certains cas et alors l'effet n'en est pas intéressant pour les fins de cette étude.

Mais au cas où le propriétaire n'accepte pas les offres qu'on lui fait, il faut avoir recours à l'arbitrage selon la loi.

L'article 7591 des S. R. P. Q. décrète l'effet de la sentence des arbitres comme suit:

"Les arbitres, après avoir examiné et évalué le terrain ou pris en considération le pouvoir requis et entendu les parties et leurs témoins, sous serment administré par eux, donnent leur décision au moyen d'un certificat. Cette décision est finale."

Cette décision emporte-t-elle hypothèque judiciaire ?

Il faut conclure à la négative. En effet, l'hypothèque judiciaire est une exception et non pas la règle; elle n'est accordée que dans les cas spécialement mentionnés par la loi. Or, on ne peut étendre le sens de l'article 2034 tel que nous l'interprétons au cas qui nous occupe.

Si le code ou le statut avait voulu que cette sentence produise hypothèque il aurait été nécessaire et facile pour le législateur de le dire.

Evidemment, la loi a cru que le propriétaire était suffisamment protégé sans cela. La partie expropriant est obligée au dépôt (article 7596 S. R. P. Q.); de plus l'article 7598 donne au propriétaire le droit de rentrer en possession de sa propriété sur action civile ordinaire, au cas où l'expropriant ne remplit pas ses obligations.

Sans doute l'on comprend que dans certaines circonstances le propriétaire préférerait avoir l'hypothèque et qu'il serait avantageux pour lui de l'avoir, mais la loi dans sa sagesse a cru devoir la lui refuser.

Il n'y a pas d'appel de la sentence arbitrale, tel que nous l'avons constaté à la lecture de l'article; mais si la sentence était mise de côté par un tribunal pour raison de fraude ou autre raison et que l'une des parties était condamnée à tous

les frais, ce jugement pour frais produirait une hypothèque en vertu de la règle générale.

L'expropriation qui a lieu en vertu de la loi fédérale, S. R. C. ch. 37, présente cette particularité que la sentence des arbitres est sujette à l'appel dans certains cas. Ce jugement en appel produirait certainement une hypothèque.

La section 209, paragraphe 4, de cette loi dit:

"Le droit d'appel par la présente loi conférée ne déroge pas à la loi non plus qu'à la pratique qui existent dans l'une quelconque des provinces au sujet de l'annulation des sentences arbitrales".

Il ne nous appartient pas de rechercher dans ce travail quel est l'effet, en cette province, de cette section de la loi quant au droit d'appel de ces sentences.

A tout événement, il est clair que, si la loi fédérale y a son application, malgré cette clause, il y a appel et jugement dont peut résulter une hypothèque; si, au contraire, cette clause empêche l'appel, alors il n'y aura pas d'intervention judiciaire et par conséquent aucune hypothèque.

42.—Un jugement accordant une pension alimentaire emporte hypothèque judiciaire: cette pension, en effet, peut être assimilée à une rente viagère dont on peut déterminer la valeur au moyen de l'article 1915 C. C.

La Cour d'Appel a confirmé sans commentaires un jugement rendu en 1897 par le juge White, dans une cause de Tabb v. Beckett.(1)

Il s'agissait dans cette affaire d'un jugement condamnant un nommé Tabb à payer à une dame Beckett, après séparation de corps et de biens, une pension alimentaire de trente piastres par mois sa vie durant. La défenderesse avait enregistré ce jugement pour donner effet à son hypothèque judiciaire, et, sur l'action du mari pour radiation, voici quel fut le jugement de la Cour:

"Considering that plaintiff's declaration and action seeks to have the said registration radiated upon the alleged ground that the said judgment does not create a judicial hypothec, inasmuch

(1) 7 C. B. R. 29.

as plaintiff pretends that the said judgment is not "For the payment of a specific sum of money";

"Considering that the sole question submitted by said parties under the said declaration and demurrer thereto, is whether the said judgment does or does not create a judicial hypothec;

"Considering that said judgment is for the payment of a specific sum of money, within the intent and meaning of article 2034 of the Civil Code, and does create a judicial hypothec."

Et la Cour a maintenu la prétention de la défenderesse.

Dans cette même cause le président du tribunal a fait entr'autres les remarques suivantes:

"The Court is of opinion that there is a great similarity between an alimentary pension and a life rent. The alimentary pension will be required during life, and is terminated by death only, unless the obligation to pay it becomes extinguished by reconciliation, and unless it is modified by circumstances subsequent to the judgment granting it.

".....If reconciliation takes place, it would operate as a discharge undoubtedly.

"True it is that it may be reduced or increased, according to circumstances, but this does not touch the question whether the sum for the present is a specific sum fixed by a judgment. It can neither be reduced nor increased without another judgment modifying it, and if that should ever happen the registration of the second judgment would protect every right. In the meantime it is fixed, and the presumption is that it will be payable to her as long as she lives.

"As to the argument, that it is not capital, article 2034 does not require that it should be capital, so long as the sum to be paid is specifically declared.

"The Code has established a means of estimating life rent under article 1915, and there is no good reason why the same rule should not be applied to an alimentary pension, although the law does not so declare in express terms.

"This clearly shows that there is a distinction between the hypothec and the obligation. The obligation may be

conditional; the obligation may be indeterminate; the obligation may be subject to change, modification, variance and to some extent be uncertain. Still there may exist a perfectly valid hypothec.

"All the arguments which the plaintiff is urging against the validity of the hypothec in question are that it is uncertain; that it is indeterminate; that it may be varied; that it may be extinguished. It is not correct to argue thus in reference to the hypothec. They in reality refer to the obligation to pay. It is the obligation to pay which may be modified; it is the obligation to pay which may be terminated. In the meantime, the sum for which the hypothec is claimed is a specific sum of money, ordered to be paid by a judgment of the Court. This is all that article 2034 requires for the validity of a judicial hypothec, the word "specific" in this article meaning simply *fixed*,—a fixed sum of money, for the payment of which the order of the Court has been given".

Naturellement les autres créanciers ne peuvent savoir combien de temps durera cette pension alimentaire, elle peut finir par la mort, la réconciliation, par un ordre de la Cour, mais pour le moment aucun des créanciers ne peut être trompé par l'inscription de cette hypothèque, car il est facile pour eux de constater pour quel montant l'immeuble est affecté en calculant le capital nécessaire à la production de cette pension.

43.—Il semble qu'un jugement accordant une rente viagère doive nécessairement emporter une hypothèque judiciaire, car au moyen de l'article 1915 C. C., il est facile de déterminer le montant que l'immeuble peut être appelé à payer ou à contribuer.

Cet article se lit comme suit: "La valeur de la rente viagère est estimée à un montant qui sera suffisant, au temps de la collocation, pour acquérir d'une compagnie d'assurance sur la vie, une rente viagère de pareille somme."

44.—L'on peut se demander si les ordonnances de la Commission provinciale des utilités publiques produisent hypothèques judiciaires.

L'on sait qu'il s'agit ici d'une commission organisée en vertu de la loi 9 Edouard VII, ch. 16.

La Commission a le pouvoir d'entendre et décider certaines causes relatives aux compagnies dites d'utilité publique, c'est-à-dire qui fournissent au public des matières dont le caractère est semi-public, matières dont tout le monde se sert, qui affectent et intéressent le public, telles sont les compagnies de chemin de fer, d'éclairage, de téléphones.

Bien que le plus souvent les ordonnances de cette commission comportent plutôt l'obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose, elles peuvent aussi dans certains cas condamner au paiement d'une somme d'argent, de dommages et de frais.

La question se pose donc, lorsque cette commission rend une ordonnance entraînant condamnation pécuniaire à un montant déterminé et fixe, cette ordonnance emporte-t-elle hypothèque judiciaire ?

Au paragraphe 2, deuxième alinéa, il est dit: "Cette Commission est une Cour d'archives."

Le paragraphe 44 pourvoit à l'émanation par la Cour Supérieure d'une exécution à la suite d'une ordonnance rendue.

De plus, il y a appel (paragraphe 46) à la Cour du Banc du Roi, sur question de compétence ou de droit.

Au paragraphe 41, il est décrété que la décision est finale sur les questions de faits et qu'elle a l'autorité de la chose jugée.

La Cour Supérieure de ce district, présidée par l'honorable juge Lemieux, a décidé que cette Commission enlevait la juridiction de la Cour Supérieure dans certains cas.(1)

Ne peut-on pas dire que l'on voit là tous les éléments nécessaires pour se conformer à l'article 2034 et que l'ordonnance de cette commission doit comporter hypothèque judiciaire. En effet, la loi décrète que c'est une cour qui rend des décisions finales exécutoires, qui peut condamner à une somme fixe.

De plus, si la Cour Supérieure décide qu'elle lui enlève partiellement sa juridiction dans certains cas, il n'est pas croyable que le législateur ait eu l'intention de diminuer les garanties

(1) Québec R. L. H. & P. Co. v. The Dorchester Electric Co., 43 C. S., p. 528.

qu'aurait eues autrement le créancier d'une utilité publique en lui enlevant le droit de prendre hypothèque judiciaire, alors qu'avant la création de cette commission il aurait eu ce droit en vertu du jugement du tribunal alors compétent.

Il est vrai que le jugement ci-dessus a été renversé en appel, qui a décidé que dans l'espèce la Cour Supérieure avait juridiction, mais ceci ne détruit pas la force de notre argument.

45.—En France, il existe certains titres exécutoires, comme les actes notariés; ces titres ne requièrent pas de jugement pour exécution, mais ils ne confèrent plus d'hypothèque *per se*. Que ces titres comportent ou non hypothèque spéciale, on s'est demandé si ce créancier avait, à l'échéance et au cas de non-paiement, le droit de prendre jugement afin d'acquérir une hypothèque judiciaire, qui est plus avantageuse en France, parce que générale.

Et les auteurs(1) répondent affirmativement.

Et cela en vertu de l'argument que décider le contraire serait rendre sa position inférieure à celle d'un créancier qui aurait un titre non exécutoire et inférieur et qui, lui, pourrait prendre jugement, acquérir une hypothèque judiciaire et se faire ainsi une meilleure position en s'assurant une préférence.

Nous n'avons sous le régime de notre code, aucun titre exécutoire; mais nous pouvons faire le même raisonnement au sujet d'un acte authentique notarié comportant hypothèque affectant tel immeuble: en effet rien empêche que le créancier qui prendra jugement pour se faire payer n'enregistre son jugement sur tous les immeubles de son débiteur, car le jugement comportera certainement hypothèque judiciaire.

En France, cependant, quand le titre exécutoire emporte hypothèque spéciale, on hésite à dire que le créancier qui s'est assuré toutes les garanties qu'il voulait pourrait acquérir hypothèque judiciaire au moyen d'un jugement.

Mais, encore une fois, chez nous pour exécuter, il lui faut un jugement qui emportera hypothèque de plein droit.

Maintenant, comme cas spécial, si une personne emprun-

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1277; 3 Aubry & Rau, 3265, p. 437.

tant une somme quelconque s'était engagée à fournir une hypothèque sur une propriété qu'elle devait acquérir dans la suite et qu'ensuite elle refusait de s'exécuter, que vaudrait au créancier le jugement ordonnant à cette personne de donner l'hypothèque tel que promis ?

Le créancier aurait-il une hypothèque judiciaire ? S'il était accordé au créancier des dommages-intérêts à défaut d'exécution, l'on pourrait répondre affirmativement, sinon, il aurait seulement le droit d'enregistrer son jugement sur l'immeuble en question qui deviendrait hypothéqué. Excepté quant à ses frais, semble-t-il, pour lesquels il aurait une hypothèque judiciaire. On pourrait objecter qu'alors l'accessoire serait enregistré sur tels immeubles et le principal sur un autre. C'est vrai, mais il ne faut pas oublier que les frais sont distraits en faveur du procureur, qui, lui, peut toujours les enregistrer, si bon lui semble, sans s'occuper de ce que peut faire son client pour le capital.

46.—L'article 2034, deuxième alinéa, dit que l'hypothèque judiciaire résulte aussi de tout acte de cautionnement reçu en justice.

Le cautionnement est conventionnel, légal ou judiciaire.

Il est très facile de distinguer le cautionnement judiciaire du cautionnement conventionnel, mais il est plus difficile de dire si un cautionnement est judiciaire ou légal.

En thèse générale, il existe entre ces deux cautionnements, quant aux effets qu'ils produisent, de grandes différences : ainsi la caution judiciaire est susceptible de contrainte par corps, ne jouit pas du bénéfice de discussion, et est sujette à hypothèque judiciaire, tandis que la caution légale n'est pas sujette à la contrainte, ni à l'hypothèque judiciaire et jouit du bénéfice de discussion. Pour les fins de cette étude, il ne s'agit que de considérer le cautionnement judiciaire comme emportant hypothèque.

Le Code Civil, article 1930, donne les définitions suivantes : "Le cautionnement est conventionnel, légal ou judiciaire. Le premier résulte de la volonté des parties ; le second est ordonné par la loi, et le dernier par jugement."

Sir François Langelier(1) fait remarquer, au cours de ses commentaires sur cet article, que tout cautionnement est conventionnel. Et en effet de la part de la caution tout cautionnement, même le cautionnement judiciaire, est conventionnel, dans le sens que la caution s'oblige volontairement. Mais de la part de celui qui doit et du créancier, on ne peut dire qu'il est conventionnel, car l'un est forcé en certaines circonstances de donner un cautionnement judiciaire ou légal, et l'autre de recevoir tout cautionnement soit judiciaire ou légal qui aura les qualités requises.

Dans un sens, on peut dire que tout cautionnement judiciaire est légal, parce que même si un cautionnement est ordonné par jugement, c'est en vertu de la loi que le tribunal l'aura ordonné.

La question de savoir si un cautionnement est judiciaire ou légal offre de l'intérêt surtout au point de vue du cautionnement pour appel et du cautionnement pour frais.

Mais en pratique, aujourd'hui, le cautionnement en appel est donné surtout par de puissantes compagnies d'assurance, à ce spécialement autorisées par le Statut 63 Victoria, ch. 44, et alors il n'est jamais important de savoir si la caution est judiciaire ou légale, car personne ne songerait à prendre hypothèque contre les biens de ces compagnies, qui, d'ailleurs, souvent n'en possèdent pas dans la province et qui de plus déposent entre les mains du gouvernement une certaine somme comme garantie de leur capacité de remplir leurs obligations. De plus, lorsqu'il s'agit des frais qu'un étranger poursuivant doit fournir, ce dernier s'adresse très souvent aussi à ces compagnies ou encore dépose le montant requis en cour.

A la lecture de l'article, il semblerait facile de déterminer quand un cautionnement est judiciaire et quand il ne l'est pas: pour l'être, il faudrait qu'il soit ordonné par jugement. Ainsi serait un cautionnement judiciaire, celui donné par l'individu qui y serait condamné sur demande d'un bref interlocutoire; d'autre part, le cautionnement de l'usufruitier serait légal.

Mais la jurisprudence n'a pas interprété ainsi notre loi.

(1) 6 Langelier, p. 123

On a, en effet, décidé que le cautionnement donné en appel ou sur *capias* est judiciaire et non légal, bien qu'il n'y ait l'intervention d'aucun jugement.

M. Mignault(1) mentionne la difficulté que le sujet présente et croit que le législateur a voulu dire que tout cautionnement, donné au cours d'une procédure judiciaire, est judiciaire. M. Mignault, cependant, ne voit pas d'autres raisons pour cette interprétation que les décisions constantes de nos tribunaux. Il est d'opinion que, vu que le texte pourrait prêter à équivoque, les tribunaux ont probablement voulu donner autant d'autorité et de force que possible à leurs jugements.

Dans une cause de Riendeau et Campbell,(2) la Cour de Révision confirma un jugement du juge Taschereau, qui avait décidé qu'un cautionnement en appel est judiciaire, et le juge Davidson dit, en parlant des cautionnements judiciaire et légal: "So nearly allied and intermingled in some instances are these two forms of suretyship that it is evident that the term judicial surety has been used to include both".

Le même juge, plus tard, siégeant encore en révision, dans une cause de Borland et Lamoureux(3), où cette cour a de nouveau décidé qu'une caution pour appel était une caution judiciaire, a dit: "In the interval between these two cases there appears to have been persistent and uniformly unsuccessful assertion of the pretention that the giver of an appeal bond should not be classed as a judicial surety. . . . The subject is capable of embarrassing argument and may excite still further controversy". Dans le même jugement, le savant juge se pose la question de savoir si cela aurait du bon sens de dire au sujet du cautionnement fourni par un étranger qu'il serait légal, si offert de lui-même, et judiciaire, s'il lui était ordonné de l'offrir.

Quant au cautionnement pour frais dans cette même cause de Riendeau et Campbell, voici ce que dit le juge Davidson: "That the surety who gives a bond whether for costs or for the appearance of a party arrested under a writ of *capias ad*

(1) 8 Mignault, p. 391.

(2) 3 C. S., 393.

(3) 25 C. S. 98.

respondendum, is subject to contrainte par corps and otherwise treatable as a "judicial surety" has been the constant jurisprudence of these courts".

Et c'est la jurisprudence qui a cours aujourd'hui.

La doctrine française(1) ne vient pas à notre secours, car d'abord il n'y a pas de texte semblable au nôtre dans le Code Napoléon et ensuite en vertu des principes généraux les auteurs maintenant décident que même le jugement qui condamne à fournir caution n'emporte pas hypothèque contre la caution, car, d'après le raisonnement de Baudry-Lacantinerie et de Loynes, le jugement ne condamne la caution à rien excepté à soumettre son cautionnement au greffe, soumission qui n'entraîne pas hypothèque.

Maintenant pour que le cautionnement entraîne hypothèque, il faut qu'il soit pour une somme déterminée, suivant l'article 2034 du Code civil.

Il ne suffit pas de dire que le cautionnement garantira tous les frais d'appel jusqu'à concurrence de tel montant, même si ce montant est au-delà de ce que peuvent être ces frais, ou pour les cautions de déclarer qu'elles ont des immeubles valant tout.

Voir *Lavallée vs Paul*(2): dans ce jugement on accorda la radiation d'une hypothèque judiciaire, parce qu'elle était en termes généraux et ne précisait pas le montant que s'engageait à payer la caution.

Voir *O'Leary vs Francis*(3): action pour radiation maintenue parce que l'hypothèque manquait de spécialité.

Maintenant quelle est la durée de l'obligation de la caution judiciaire et en conséquence pour combien de temps vaut l'hypothèque judiciaire enregistrée sur son immeuble?

Le juge Loranger, dans un jugement confirmé en revision,(4) dans une cause de *Guertin & Molleur*, répond à cette question dans ses conclusions. Dans cette cause le défendeur avait

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1233 et seq; 3 Aubry & Rau, 423; 2 Troplong, 441.

(2) 30 L. C. J., 164.

(3) 12 C. S. 243, confirmé en appel.

(4) 19 C. S. 571 et 21 C. S. 261.

été cautionné d'un nomme Santerre en cour d'Appel, qui infirma le jugement qui fut ensuite rétabli par la Cour Suprême, et, après le jugement de la Cour Suprême, il fut poursuivi pour le montant des frais d'appel.

"Considérant que le cautionnement est un contrat de bienfaisance et ne doit pas être étendu au delà des limites pour lesquelles il a été contracté (art. 1935); que l'obligation de la caution au contraire doit être restreinte dans les limites précises ou elle a voulu s'engager; que le doute sur l'existence ou l'étendue du cautionnement doit être interprété en faveur de la caution;

"Considérant qu'il résulte des termes du cautionnement donné par le défendeur que la commune intention des parties était d'en limiter l'étendue à la condamnation qui a été prononcée par la Cour du Banc de la Reine;

"Considérant que l'obligation du défendeur en vertu dudit cautionnement a pris fin avec le jugement de la Cour du Banc de la Reine infirmant celui de la Cour Supérieure que le défendeur Santerre avait porté en appel" . . .

De ce jugement, il est facile d'en venir à la conclusion qu'une hypothèque judiciaire résultant d'un cautionnement prend fin par le jugement de la cour d'Appel pour laquelle il est donné et que le jugement renversant ce dernierne la fait pas revivre.

47. L'article 2034 mentionne aussi les actes de procédure judiciaire comme créant l'hypothèque judiciaire.

L'article 2123 du Code Napoléon ne parle pas de ces actes, et c'est cet article qui correspond au nôtre, mais l'article 2117 du Code Napoléon y réfère dans les termes suivants: "L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires."

Il y a en France ce qu'on appelle la juridiction gracieuse des tribunaux, qui n'emporte pas hypothèque judiciaire: telles que nomination de curateurs, convocation des créanciers, etc.

Pour trouver le sens de ces mots en notre droit qui, comme on le constate, nous viennent du code Napoléon, il est nécessaire

de trouver le sens que les commentateurs du Code Napoléon(1) leur donnent ainsi que leur origine.

Dans l'ancien droit français, les obligations contenues dans un acte authentique emportaient hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur.

Cette garantie fut plus tard étendue dans son application ou plutôt on reconnut d'autres causes qui pourraient produire les mêmes effets.

En effet, on trouve dans la Coutume de Paris de 1510, article 78: "Une cédule privée, qui porte promesse de payer, emporte hypothèque du jour de la confession d'icelle en jugement".

Ce n'était pas là cependant un jugement, mais on reconnut que le refus du débiteur d'acquitter sa dette n'était pas une raison de le traiter plus favorablement que celui de la cédule reconnue en justice et si l'une emportait hypothèque, l'autre devait le faire également.

Aussi, comme nous l'avons vu, l'ordonnance de Moulins de 1566 attribua l'hypothèque judiciaire aux jugements comportant condamnation.

Dans le droit français moderne, on a enlevé l'hypothèque qui s'attachait aux actes notariés. Et on a conservé l'hypothèque qui s'attachait aux jugements et aux actes de reconnaissance d'écriture, c'est-à-dire, l'hypothèque judiciaire qui peut maintenant résulter de ces deux sources.

Et c'est pourquoi encore aujourd'hui, les commentateurs(2) du Code Napoléon considèrent que lorsque l'on parle d'actes judiciaires (art. 2117), on veut parler "des reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé". (Art. 2123 Code Napoléon).

Ainsi dans ce dernier article, ils voient la définition et l'explication de ce que l'autre article appelle actes judiciaires.

Nous n'avons pas ce genre d'actes judiciaires dans notre droit, et il peut paraître digression d'en examiner la portée et le sens, mais pour quiconque étudie ces sujets, il est néces-

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1219.

(2) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1259.

saire d'en bien comprendre le sens et l'effet, car ce sont des mots qui reviennent constamment dans les commentaires du Code Napoléon, qui si souvent et en cette matière en particulier a servi de modèle au nôtre. En France, A donne à B un billet promissoire payable dans un an. Le Code Napoléon considère que A court certains risques quant à pouvoir, au bout de ce laps de temps, prouver la signature attachée à ce document, vu la disparition possible des témoins, la mort du signataire, le refus de ses héritiers de reconnaître l'obligation. Pour obvier à ces inconvénients ou dangers, on permet à A d'assigner immédiatement son débiteur en justice en reconnaissance d'écriture.

Le débiteur, en présence du juge reconnaîtra sa signature ou refusera de ce faire.

Dans le premier cas, il n'y aura aucun débat ou contestation et il s'ensuivra un jugement de reconnaissance d'écriture. Dans la seconde alternative, si A réussit à prouver que l'écriture émane bien de B, le tribunal prononcera un jugement de vérification d'écriture.

Dans le premier cas, on considère que c'est un acte judiciaire, et dans le second que c'est un jugement.

Mais dans l'un et l'autre cas, il n'y a aucune condamnation qui soit prononcée, car la dette n'est pas encore due. Et l'on décide, en France, d'après les articles cités que ces reconnaissances et vérifications faites en justice emportent hypothèque judiciaire.

Autrefois, même le créancier pouvait inscrire immédiatement son hypothèque avant l'échéance ou l'exigibilité, mais maintenant, il n'en est plus ainsi, et il doit attendre l'un ou l'autre de ces deux événements.

Et le créancier peut ainsi se faire une position plus avantageuse que le créancier qui a exigé une hypothèque spéciale, ou encore qui a une obligation passée par acte authentique.

Nous n'avons en notre droit aucune procédure qui ressemble même de loin à celle-ci, qui n'est pas sans critiques⁽¹⁾ quant à l'effet qui en résulte: l'hypothèque judiciaire.

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1260.

En conséquence, les rédacteurs du code en se servant des mots "actes judiciaires" avaient donc en vue d'autres procédures que celles qui existent en France et dont nous venons de parler.

Il est sûr que cette partie de notre article ne reçoit que très peu souvent son application. Sir François Langelier(1) cite comme exemple l'obligation que contracte le gardien nommé à une saisie.

Mais il ne faut pas oublier qu'il faut, comme pour le cautionnement, que cet acte de procédure judiciaire crée l'obligation de payer une somme déterminée.

Ainsi pour acquérir cette hypothèque, il faudrait que le créancier enregistrant mentionne la valeur des meubles saisis et ce ne serait qu'une valeur approximative, et non fixée, car cette valeur ne pourrait être établie que par un débat, qui entraînerait un jugement, et alors l'hypothèque ne résulterait pas de l'acte judiciaire, mais du jugement.

L'obligation du gardien est établie par l'art. 657 du Code de procédure.

Maintenant, ne peut-on pas dire que la taxe de témoins est un acte de procédure judiciaire dans le sens de cet article ?

En pratique, le montant alloué au témoin est déterminé sur la demande du témoin par un député-protonotaire, il n'y a aucun débat quelconque, et bien que cette taxe comporte titre exécutoire, peut-on dire que c'est un jugement ? n'est-ce pas plutôt un acte judiciaire, qui comporterait hypothèque ?

Inutile de dire qu'il est très rare que le montant en jeu serait assez important pour qu'il vaille la peine de l'enregistrer sur un immeuble. A tout événement, si cette taxe n'est pas due en vertu d'un acte de procédure judiciaire, elle le serait en vertu d'un jugement et dans l'un comme dans l'autre cas, elle emporterait de plein droit hypothèque judiciaire, en vertu du dit article 2034.

48.—En vertu de l'article 2034, tout jugement rendu dans les circonstances voulues comporte hypothèque judiciaire.

(1) 6 Langelier, art. 2034.

Le montant de la condamnation importe peu et ne change rien à la règle énoncée par cet article.

Quand le montant de la condamnation est au dessus de \$40, il n'y a aucune difficulté: si l'immeuble sur lequel l'hypothèque judiciaire est enregistrée est entre les mains du débiteur, le créancier n'a qu'à le faire saisir et vendre, et il exercera ses droits; si, d'un autre côté, il est entre les mains d'un tiers détenteur, l'action hypothécaire ordinaire lui offre le remède voulu. Enfin, si la condamnation est au-dessous de \$40, personne ne conteste au créancier le droit d'enregistrer son jugement sur l'immeuble, personne ne lui conteste non plus l'action hypothécaire ordinaire contre le tiers détenteur.

La difficulté sous l'ancien code de procédure civile surgissait au moment où il y avait jugement pour une somme de moins de \$40 enregistré sur un immeuble du débiteur et que le dit immeuble était entre les mains du débiteur, parce que l'article 1102 défendait l'exécution d'un jugement en dessous de \$40 sur les immeubles.

Voici quel était cet article 1102 du Code de procédure civile: "L'exécution des jugements pour une somme n'excédant pas quarante piastres ne peut être poursuivie que contre les biens meubles du débiteur, excepté dans les actions hypothécaires ou pour rentes créées en vertu de l'acte seigneurial de 1854". . . . Donc, le créancier ne pouvait saisir l'immeuble et le faire vendre. C'est alors que certains ont prétendu que le créancier avait l'action personnelle hypothécaire contre son débiteur à l'effet de faire déclarer l'immeuble hypothéqué en sa faveur et qu'il pouvait le faire saisir et vendre.

D'autres soutenaient que ce recours n'existait pas en faveur du créancier.

C'est une discussion qui a divisé nos magistrats les plus savants et les plus instruits.

En 1880, la Cour de Révision, siégeant à Montréal, dans une cause de Campeau et Brouillet(1), se prononçait contre l'action personnelle hypothécaire pour jugement au-dessous de \$40.00.

(1) 16 R. L. 404.

En 1886, la Cour de Révision, siégeant à Québec, dans une cause de Taillon et Poulin(1), s'est prononcée en sens contraire. La seule différence entre les deux actions était que dans le premier cas, le demandeur avait donné au défendeur le choix de délaisser si mieux il n'aimait payer, tandis que dans le second, le demandeur concluait à condamnation et pour permission de faire vendre.

Le juge Casault a exprimé l'opinion de la majorité de la Cour en partie comme suit:

"L'accomplissement des formalités requises pour créer une hypothèque judiciaire est la même pour tous les jugements quel qu'en soit le montant. Il ne me paraît pas susceptible d'un doute que les propriétés désignées dans l'avis, si elles appartenaient au défendeur, lorsque le jugement a été prononcé et enregistré avec l'avis, sont devenues grevées d'une hypothèque en faveur du demandeur pour le montant du jugement, les intérêts sur icelui et les frais même non liquidés. Aussi le jugement dont on demande la révision ne paraît-il pas mettre ce point en question, non plus que le droit du demandeur à un recours hypothécaire, en vertu de ce même jugement, si les propriétés avaient passé en mains tierces. Ce que l'on paraît y contester, c'est qu'il y ait une action, ou recours hypothécaire contre le débiteur tenu personnellement au paiement d'une dette portant hypothèque sur ses biens, et que le créancier hypothécaire puisse conclure, contre son débiteur personnel en possession des biens hypothéqués, à ce que, à défaut par lui de payer sous le délai usuel, il soit permis au demandeur de saisir et vendre les immeubles hypothéqués qu'il détenait.

... "Cette disposition de la loi (l'exception de l'art. 1102) n'est pas limitée à une espèce particulière d'action hypothécaire, celle contre le tiers détenteur, qui est la seule dont le jugement de première instance paraît reconnaître l'existence: elle les comprend toutes sans exception ni réserves.

"Puisque le créancier peut faire vendre l'immeuble qui lui est hypothéqué en quelques mains qu'il se trouve (art. 2016 du

(1) 13 Q. L. R. 155.

code civil), il peut le faire vendre lorsqu'il est aux mains de son débiteur.

... "Et il faut, pour pouvoir faire vendre l'immeuble hypothéqué, qui est encore dans les mains du débiteur, une action personnelle hypothécaire contre lui, et l'obtention préalable du seul jugement possible, sur une poursuite personnelle hypothécaire, savoir: une condamnation au paiement de la dette, avec, à défaut par le débiteur d'y satisfaire, une autorisation de saisir et vendre l'immeuble hypothéqué. Je dis le seul jugement possible; car le délaissement de la propriété, et la libération qu'il procure, n'appartient qu'au tiers détenteur, le débiteur personnel ne peut jamais se libérer en abandonnant l'immeuble hypothéqué.

"Le recours à l'action personnelle hypothécaire est inutile quand la dette excède \$40.00, parce que, une simple condamnation au paiement permet, alors, la saisie des immeubles du débiteur; mais, lorsque la dette hypothécaire ne se monte pas à cette somme, il est absolument nécessaire pour parvenir à la vente du gage que le créancier a obtenu pour garantie de sa dette."

"Un jugement prononcé contre le débiteur ne fait pas obstacle à une poursuite par le créancier qui l'a obtenu, et qui suit là son gage, contre le tiers-détenteur de l'immeuble hypothéqué, judiciairement ou autrement. . . . Le créancier n'a pas eu le choix du recours: il les a obtenus successivement, et n'a pu les exercer qu'après les avoir acquis. Le débiteur n'a que lui à blâmer si, pour obtenir le paiement de sa dette, son créancier a été forcé de les multiplier.

"On se recrie contre l'injustice et l'oppression de ce système à double action comme on l'appelle. Mais qu'est donc le *capias ad respondendum* (V. article 802 C. P. C.)

"... Et les frais de ce double recours sur lesquels on appuie et auxquels on joint ceux de la vente de l'immeuble pour faire ressortir leur disproportion avec la créance, que l'action personnelle hypothécaire sur jugement de moins de \$40 a pour objet de faire solder, sont-ils moins grands sur l'action hypo-

thécaire proprement dite, celle prise contre le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à ce jugement.

"On m'a objecté, ailleurs, que, permettre ce recours par action personnelle hypothécaire sur jugement portant hypothèque, était autoriser indirectement, et à plus de frais pour le débiteur, ce que l'article 1102 du Code de procédure prohibait, savoir, l'exécution contre les immeubles des jugements de moins de \$40. Mais, d'abord, cet article, comme je l'ai déjà noté, excepte de la prohibition qu'il prononce les jugements de moins de \$40 sur actions hypothécaires; et, par conséquent accueillir une poursuite hypothécaire en vertu d'une hypothèque judiciaire, loin d'être une violation indirecte de la loi, n'en est que l'application.

"Puis la règle générale est que tous les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers (C. C. 1981); et les lois qui la restreignent sont elles-mêmes des exceptions qui, non seulement, ne doivent pas recevoir d'extension, mais doivent s'effacer devant la première, chaque fois qu'elle peut, sans la violence, conserver son effet.

"La loi prohibe l'exécution contre les immeubles des jugements personnels de moins de \$40, non pas, comme on l'a prétendu, pour raison d'ordre public, mais pour raison d'humanité. Elle n'a pas pour objet de donner une protection injuste au débiteur, en le laissant au mépris de ses engagements, jouir des propriétés immobilières d'une valeur considérable.

"La règle transcrite à l'article 554 du Code de procédure que les meubles doivent être discutés avant les immeubles, ne s'oppose pas à l'exécution contre l'immeuble hypothéqué du jugement sur action personnelle hypothécaire; car cet article les comprend dans les exceptions qu'il admet des cas de gage et des jugements hypothécaires.

"Un des motifs du jugement soumis à la révision est que le second jugement ne donne pas au premier une force exécutoire intrinsèque qu'il n'avait pas. Cela est vrai en ce sens que le premier jugement en reste un sur une dette personnelle de moins de \$40, qui, pour cette raison, ne peut être exécuté que

sur les meubles du débiteur; mais le second à une force exécutoire intrinsèque qui lui est propre et qui résulte de ce qu'il est fondé sur une dette et une action hypothécaire, et que ces jugements, quel qu'en soit le montant, sont exécutoires sur les immeubles hypothéqués".

Voici, pour partie, comment le juge Andrews répondait à ce qui précède et exprimait sa dissidence:

"It will, I presume, not be disputed that, as a general rule, a judgment cannot form the basis of a new action for the same debt against the same debtor. . . . A judgment upon a judgment, for the same debt, between the same parties, is an anomaly which it would, I think, require an express text of law to authorize.

"For my part, I think that the code in its letter and spirit, refuses such a recourse as that which the plaintiff seeks, and that the injustice, and I may even say oppression, of such a system of double actions for small debts is palpable.

"I think that the hypothecary actions alluded to in this article (1102 C. P. C.) are those brought against third holders (tiers détenteur).

"These have acquired the immoveable, already encumbered with a mortgage, and must be presumed to have been aware of its existence, and their title thereto was thereby affected: they must be considered to have agreed to perfect their title by extinguishing the mortgage, or in default to give up the property.

"By a merely formal act of the plaintiff, and without the participation or consent of the defendant, the latter will always find himself entirely and forcedly deprived of all the protection which the law intended to give him by the opening enactment of the article."

Et le savant magistrat ajoute qu'en adoptant la manière de voir du demandeur, il faudrait que la loi dise: "So soon as a creditor chooses to enregister a judgment for a debt not exceeding \$40 against the immoveable of his debtor, he may proceed to bring to sale anyone of them he may please, without dis-

cussing the moveables, provided, however, that the debtor must pay the costs of two action instead of one”.

49.—En 1889, la Cour d'Appel, dans une cause Lepage et Ross(1), a eu l'occasion de se prononcer sur la question et a adopté une opinion contraire à celle de la majorité dans la cause précédente.

Voici quelques-uns des considérants de ce jugement qui doit aujourd'hui faire autorité:

“Considérant que, quoiqu'il soit permis de cumuler les voies d'exécution, le concours de plusieurs actions n'est pas admis dans le droit français et que l'exercice d'une action par un créancier contre son débiteur l'exclut de l'usage de toutes les actions qu'il pourrait avoir contre ce même débiteur pour le même objet, selon la règle “*Una electa semper altera perimitur*”; et considérant que cette règle, qui est spécialement applicable au cas où un créancier, ayant en même temps, une action personnelle et une action hypothécaire contre son débiteur, voudrait, après avoir exercé l'une de ses actions, recourir à l'autre, doit à plus forte raison, s'appliquer à l'intimé, demandeur, dans la cause actuelle, qui n'avait pas même d'hypothèque lorsqu'il a épuisé par son action personnelle le seul recours que la loi lui donnait contre son débiteur pour le recouvrement de sa créance.

“Considérant que permettre à un créancier de poursuivre son débiteur par action hypothécaire sur un jugement qu'il aurait obtenu pour une dette personnelle n'excédant pas \$40 serait autoriser dans tous les cas un créancier à faire vendre par une voie détournée au moyen d'une seconde action les immeubles de son débiteur pour une somme minime contrairement à la disposition expresse contenue dans l'article 1102 C. P. C.; et considérant que l'exception contenue dans cet article ne s'applique qu'à l'action hypothécaire ordinaire dirigée contre le détenteur d'un immeuble affecté à la créance dont le créancier poursuit le recouvrement, et non à une action hypothécaire greffée sur un jugement personnel qu'il aurait obtenu contre ce même débiteur.

(1) 4 B. R. 292.

"Considérant que l'action hypothécaire portée par l'intimé n'existe pas.".....

Ce jugement n'a été rapporté qu'en 1895 et après que la Cour de Révision, siégeant à Montréal, s'était prononcée dans le même sens dans une cause de Jacques v. Tiffany(1).

Dans cette dernière cause la précédente n'a pas été citée du tout, probablement parce qu'elle n'a été rapportée que plusieurs mois après que jugement fut rendu dans celle-ci.

Dans cette cause, le jugement de première instance avait ordonné au défendeur de délaisser ou de payer.

Depuis que ces jugements ont été rendus le code de procédure civile a subi une révision et l'on peut se demander s'ils peuvent être appliqués à la loi actuelle.

Nous croyons devoir répondre affirmativement.

Voici les articles qui traitent du sujet:

1147 C. P.: "A défaut de biens.....

Deuxième alinéa: "Néanmoins, sauf les cas visés par l'article 1148, l'exécution des jugements pour une somme n'excédant pas \$40 ne peut être poursuivie que contre les biens meubles".

1148 C. P.: "S'il s'agit d'un immeuble déclaré hypothéqué par le jugement et délaissé en justice, ou d'arrérages de rente constituées créées en vertu de l'acte Seigneurial de 1854, quel qu'en soit le montant, le bref d'exécution peut être décerné immédiatement contre cet immeuble".

Dans ces deux articles le législateur a fondu ensemble les articles 1087 et 1102 de l'ancien code. Mais le fait qu'il n'avait pas l'intention de changer la loi découle de la note qui précède son rapport dans lequel il ne mentionne aucun changement à la loi sur ce sujet apporté: "Les changements de rédaction apportés au texte s'expliquent par eux-mêmes; ceux-là seuls qui modifient la loi actuelle font l'objet des commentaires qui suivent".

Ceux qui optaient en faveur de l'action personnelle hypothécaire dont il est ici question tiendraient une position encore moins forte sous la rédaction du nouveau code parce que l'on

(1) 7 C. S. 410.

a fait disparaître la seconde partie de l'article 1102 sur laquelle ils s'appuyaient du moins partiellement.

Il faut aujourd'hui adopter la décision de la Cour d'Appel en la matière et il semblerait que cette Cour a bien interprété la loi, car il faut en harmoniser les clauses autant que possible et il n'est pas raisonnable de croire que le législateur en prohibant l'exécution des immeubles sur un jugement de moins de \$40 ait immédiatement après donné au créancier un moyen non seulement d'en arriver à passer outre de cette défense, mais encore de le faire dans des circonstances plus onéreuses pour le débiteur qu'il voulait précisément protéger.

Il paraît d'ailleurs que la question ne soulève plus aucune difficulté, car elle n'a été discutée dans aucune cause rapportée depuis quelques années.

50.—L'ancien article 1102 C. P. C. et l'article 1147 C. P. se servent de termes identiques absolument quant à ce que doit comprendre un jugement pour une somme d'au-dessous de \$40 quand ils disent "l'exécution des jugements pour une somme n'excédant pas \$40."

L'on peut se demander s'il faut que la condamnation principale s'élève à \$40 ou si l'on peut y ajouter intérêts et frais pour compléter le montant, et quels seraient ces frais au cas de réponse affirmative.

C'est une question qui a été vivement discutée dans notre droit pour être résolue, pour la première partie du moins, par un jugement de la Cour d'Appel en 1896, dans une cause de Tapp & Turner(1).

Voici, pour partie, le jugement du juge Lacoste:

"Nous croyons que l'article s'applique à toute somme accordée par le jugement, et les frais nous paraissent une somme accordée par le jugement, puisqu'on peut en exiger le paiement, comme celui de la somme principale, c'est-à-dire, le paiement en argent. Le fait qu'ils ne sont pas liquidés ne les empêchent pas de former une somme que la partie condamnée doit acquitter. D'ailleurs dans certains jugements ils sont liquidés.

(1) 5 B. R. 538.

... "Sans doute, c'est un motif d'intérêt public qui a induit le législateur à restreindre l'exercice du droit du créancier sur les biens de son débiteur qui sont son gage (C. C. 1980). La restriction n'est pas contestée, mais il s'agit seulement d'en déterminer l'étendue, et nous devons donner aux mots de l'article le sens qu'ils ont dans la matière qui fait l'objet de l'article et par "somme" nous entendons toute condamnation pécuniaire que renferme le jugement, en capital, intérêts et frais.

"Dans l'exécution des jugements, le code ne fait pas de distinction entre la somme principale et celle de frais, il les considère toutes deux comme des sommes accordées par le jugement. Dans le bref d'exécution, les deux sont réunies pour former un seul et même montant. Pourquoi ferions-nous, en interprétant l'article 1102 C. P. C. une distinction qui ne se trouve, ni dans cet article, ni dans les autres.

"Lorsque l'action est renvoyée avec frais et que les frais s'élèvent à plus de \$40, le jugement ne contient aucune condamnation principale, le défendeur, bien que créancier d'une somme de plus de \$40, en vertu du jugement ne pourrait pas faire saisir les immeubles, tandis que le demandeur, créancier d'une somme égale en vertu du jugement, pourrait effectuer la saisie. Ce serait une anomalie."

Il nous semble que ce raisonnement est juste: c'est une restriction qui doit être interprétée strictement et non étendue; et vu qu'il est possible d'inclure et les frais et l'intérêt dans le mot dont se sert l'article, il faut le faire.

Il convient de plus de noter que le nouveau code a un article quant aux frais qui ne se trouvait pas dans l'ancien code et qui est le suivant:

Article 553 C. P. "Toute condamnation aux frais emporte en plein droit, distraction en faveur du procureur de la partie à laquelle ils sont accordés".

Sous l'ancien code, cette distraction pouvait être accordée sur demande, mais elle n'avait pas lieu de plein droit.

La partie qui obtient les frais n'occupe donc plus la même situation que sous l'ancien code; la partie qui succombe est condamnée aux frais, mais ces frais ne font pas partie de l'ac-

tif de la partie qui réussit, bien qu'ils soient dus en vertu du même jugement.

Il lui faudrait donc obtenir de son procureur, soit un transport de ses frais ou au moins son consentement à leur enregistrement de façon à former un seul tout avec la somme principale .

L'article 555 C. P. permet de faire ceci pour l'exécution et nous croyons que, par analogie, la même chose serait permise dans le cas qui nous occupe.

51.—Quels sont ces frais que le créancier peut ajouter à la condamnation principale de manière à former une somme totale de \$40 ou plus ?

Ainsi, ne peut-il y ajouter que les frais dus en vertu du jugement ou peut-il y adjoindre des frais subséquents ?

La jurisprudence n'est pas uniforme sur cette matière comme on le constatera à l'examen des deux jugements suivants.

En 1900, le juge Lavergne rendait jugement dans une cause de Lamothe v. Wigney(1).

Dans cette cause, le demandeur, pour former la somme de \$40, avait ajouté aux frais du premier jugement, ceux d'un bref de saisie-exécution et d'une saisie-arrêt, sur laquelle jugement avait été rendu. Un rapport de "*Nulla bona*" fut obtenu et une exécution émise contre l'immeuble.

"After having carefully considered, dit le juge Lavergne, the decision of the Court of Appeal in Tapp and Turner, I have come to the conclusion that the seizing party may lawfully add subsequent costs incurred either upon a writ against the moveable property of his debtor or upon a seizure by garnishment for the purpose of preventing the case coming within the exception set forth in C. P., 1147. I do not, however, think that any account should be taken of the costs of the writ of execution against the immoveables.

"Whoever incurs a personal obligation renders liable for its fulfilment all his property, moveable and immoveable. These are the words of the Civil Code, article 1980; and the

(1) 39 C. S., 201.

exception to this rule, when invoked, must be clearly established."

En 1900, le juge Cimon, dans une cause de Masson et al. vs St-Jacques et Archambault, (1) s'est prononcé sur la matière.

Dans cette cause pour former une somme de plus de \$40, on avait ajouté aux capital et intérêts, le coût du bref de *fi. fa. de bonis*, des frais subséquents sur saisie-brandon, sur laquelle il y avait opposition non encore décidée, le cout du bref *fi. fa. de terris* et enfin du *nulla bona*.

"Après plusieurs jugements contradictoires, dit le juge Cimon, la jurisprudence semble avoir été fixée par la Cour d'Appel—et encore celle-ci était-elle divisée—dans la cause de Tapp et Turner (citée plus haut), que l'on pourrait ajouter à la somme capitale du jugement, les frais taxés de l'action accordés par ce même jugement, pour compléter la somme requise excédant \$40. La Cour d'Appel n'a pas été plus loin. Je ne connais pas non plus de jugement qui ait été plus loin.

"Mais, évidemment, on ne peut ajouter, pour compléter cette somme excédant \$40, ni le coût du *fi. fa. de bonis*, ni celui du retour de *nulla bona*, et encore moins les frais de la saisie-brandon, ni le coût du *fi. fa. de terris*, car tous ces frais sont postérieurs au jugement; ils ne sont pas pour son complément; ils sont des frais d'exécution du jugement. Et quant aux frais de la saisie-brandon, en outre qu'elle est encore pendante, on ne sait pas qui devra les payer.

"S'il était permis de compléter la somme requise par les frais pour exécuter le jugement, alors il faudrait lire l'article comme s'il disait: "l'exécution des jugements pour une somme qui, avec les frais d'exécution, n'excèdera pas \$40.

"Or, cela serait évidemment plus que l'article ne dit et n'a voulu dire.

"Je suis donc d'avis qu'il faut éliminer "les frais d'exécution, c'est-à-dire, dans le présent cas tous les frais faits depuis le bref de *fi. fa. de bonis*, y compris le coût de ce bref."

Ces deux jugements, il est facile de le constater, sont absolu-

(1) 18 C. S. 141.

ment contradictoires et nous n'en connaissons pas d'autre qui tranche la difficulté.

Il semble cependant que le jugement du juge Lavergne peut difficilement être accepté comme jurisprudence, du moins pour partie.

En effet, ce jugement permet d'ajouter à un premier jugement un montant de frais accordé par un second jugement sur une saisie-arrêt. Il est vrai que la saisie-arrêt, dans ce cas, est émané en vertu du jugement rendu, mais les frais dus en vertu de cette procédure sont indépendants de l'autre et ne pouvaient être prévus par le premier. Ils ne sont pas nécessairement accordés à la même partie et ce n'est réellement que par accident qu'ils le sont. C'est un jugement absolument distinct qui pourrait être exécuté avant ou après l'autre et qui emporte lui-même hypothèque judiciaire.

Et il nous semble que le même raisonnement s'applique pour tous les frais subséquents qui sont alloués par un jugement postérieur. Ainsi dans le jugement du juge Cimon, ceux sur la saisie-brandon contestée.

Mais le jugement du juge Cimon va-t-il trop loin en refusant d'admettre dans cette somme de \$40 tous les frais subséquents quelconques, ou au contraire le juge Lavergne avait-il raison d'ajouter les frais subséquents, tels que le coût d'un bref de *fi. fa. de bonis* et d'un retour de *nulla bona*?

Les deux magistrats ont refusé de comprendre les frais de l'exécution sur l'immeuble dans le montant de \$40. Mais si, avec le juge Lavergne, on admet que les frais d'une exécution mobilière peuvent entrer en ligne de compte pourquoi ne pas admettre la même solution pour les frais sur exécution immobilière? Cette dernière est autant une conséquence ou accessoire du jugement que la première. Evidemment, la vente de biens immobiliers par le shérif ne peut y être comprise, car autrement l'article n'aurait plus de sens ou d'application puisque dans à peu près tous les cas, le montant des frais serait d'au-delà de \$40.

En résumé, nous croyons qu'il faut interpréter le jugement de la Cour d'Appel dans le sens que lui a donné le juge Cimon.

Ainsi, il faudrait prendre la somme du jugement au moment où il est rendu avec ses intérêts et frais, accordés par ce jugement et ne pas aller au delà. En effet, dans notre droit, l'instance est terminée à ce moment, le mandat de l'avocat est fini et l'exécution est soit un incident distinct, soit le commencement d'une nouvelle instance, au cas d'opposition, dans laquelle procédure les frais ne sont pas nécessairement accordés à la même partie.

Il nous semble donc que la somme du jugement ne comprend que le capital, les intérêts et les frais dus ou susceptibles d'être taxés dans le mémoire de frais à la suite de ce jugement.

Cependant, il n'y a aucun doute que la partie qui a réussi a droit d'avoir une copie du jugement et que le coût de cette copie peut être inclu dans le mémoire de frais: cette nouvelle somme ferait partie de la somme de \$40.00.

Maintenant, *quid* du coût de l'enregistrement et de l'honoraire de l'avocat qui a enregistré le jugement?

Qu'on remarque qu'aujourd'hui, même l'honoraire de l'avocat qui enregistre est une somme fixe et déterminée par le tarif des avocats. Et il en est de même du coût de l'enregistrement.

Ces différents montants peuvent être taxés dans le mémoire de frais et en conséquence ils pourraient faire partie de la somme de \$40.00.

Donc, nous soutenons qu'un jugement enregistré conserverait hypothèque judiciaire pour tous ces différents montants et qu'ils doivent être considérés comme accordés par le jugement.

C'est ce qu'à décidé la Cour Supérieure quant au coût de la copie du jugement et des frais d'enregistrement. La Cour n'a pas eu occasion en cette circonstance de se prononcer quant aux honoraires de l'avocat parce que le tarif n'accordait alors aucun honoraire.

C'est en 1900, que le juge Choquette, sur revision d'un mémoire de frais, a décidé, dans une cause de Luneau v. Luneau et Gaudet(1), qu'une partie qui obtient jugement a droit d'en

(1) 19 C. S. 146.

avoir une copie et de la faire enregistrer et que le coût fait partie des frais de la cause et peut être recouvré de la partie adverse, si le jugement est confirmé ou si la partie qui succombe n'en appelle pas.

52.—Après avoir, dans ce chapitre, énuméré rapidement les autres causes qui créent l'hypothèque judiciaire, et en avoir esquissé à grands traits la nature, nous ne parlerons au cours de cette étude que de l'hypothèque judiciaire qui résulte des jugements, d'abord parce qu'elle est de beaucoup la plus importante et celle qui se rencontre le plus fréquemment, et ensuite, "*brevitatis causa*", parce qu'en général toutes les hypothèques judiciaires, après leur naissance et leur enregistrement, ont la même nature et produisent les mêmes effets, avec la conséquence que ce qui se dit de l'une peut s'appliquer également aux autres.

CHAPITRE IV

INTÉRÊTS ET FRAIS

SOMMAIRE. 53—Intérêts conservés par l'enregistrement du jugement. 54—Interprétation de l'article 2124 C. C. 55—Surplus des intérêts. 56—Intérêts échus avant l'enregistrement. 57—Intérêts des intérêts. 58—Deux années et l'année courante. 59—Frais mentionnés dans l'article 2034.

53.—L'article 2034 C. C. dit: "Le jugement emporte également hypothèque pour les intérêts et les frais, sans qu'ils y soient liquidés, sous les restrictions contenues au titre *De l'enregistrement des droits réels*."

Et au titre de l'enregistrement on trouve l'article 2121 qui se lit comme suit: "Les jugements et actes judiciaires des tribunaux civils n'acquièrent d'hypothèque par suite de leur enregistrement qu'à compter de celui d'un avis spécifiant et désignant les immeubles du débiteur sur lesquels le créancier entend faire valoir son hypothèque."

La question qui se pose est la suivante: Puisque le jugement enregistré emporte hypothèque pour les intérêts, tous les intérêts échus et à échoir seront-ils ainsi conservés au même rang que le capital?

Il faut remarquer tout d'abord que les intérêts sont toujours sujets à la prescription et que, s'ils sont prescrits entièrement ou partiellement, l'enregistrement ne les conserve pas, du moins pour la partie qui est prescrite.

En vertu de l'article 2272 et de l'article 2250 C. C., ce dernier tel qu'amendé par le Statut 62 Victoria, chapitre 51, les jugements et l'intérêt sur iceux ne se prescrivent que par trente ans.

Notons en passant qu'avant cet amendement, ce fut longtemps matière à discussion que de savoir si l'intérêt sur les jugements se prescrivait par cinq ans ou par trente ans, mais la jurisprudence s'était définitivement prononcée en faveur de la plus courte prescription.

Donc, si l'on répond affirmativement à la question posée, l'enregistrement conserverait les intérêts dus sur les jugements pendant trente ans.

En thèse générale, et vu les articles que nous venons de lire, la réponse devrait être affirmative, mais la lecture de l'article suivant, qu'il faut lire de concert avec les autres, nous démontre que l'enregistrement d'un jugement proprement dit ne conserve qu'une minime partie des intérêts:

Article 2124 C. C.: "L'enregistrement de tout autre titre de créance ne conserve le même droit de préférence que pour deux années d'intérêts généralement et ceux échus sur l'année courante".

Ce dernier article affecte évidemment les jugements attendu qu'aucune règle spéciale n'est édictée quant à eux et que la règle établie par cet article est générale; or cet article ne conserve le droit de préférence que pour deux années d'intérêt et ceux échus sur l'année courante.

Cette disposition comporte une restriction importante, mais qui semble raisonnable et conforme à la théorie de l'enregistrement.

Il n'y a aucune raison pour laquelle cet article ne s'appliquerait pas aux intérêts échus sur une hypothèque judiciaire. En effet, la règle est énoncée en termes absolument généraux et doit être interprétée comme s'appliquant à toutes les hypo-

thèque à l'exception de celles pour lesquelles l'enregistrement n'est pas prescrit. Or, dans notre droit, toute hypothèque judiciaire est soumise à la formalité de l'enregistrement.

Quant au surplus de ces intérêts, le créancier a toujours son recours ordinaire résultant d'une créance ordinaire: et tout ce que le Code veut dire c'est que ces intérêts ne sont garantis par aucune hypothèque résultant du jugement dûment enregistré.

Dans le droit français, l'inscription conserve les intérêts (1) sur les hypothèques pour un espace de trois ans seulement, mais cette restriction ne s'applique évidemment pas aux hypothèques légales qui ne sont pas soumises aux formalités de l'inscription.

54.—Il s'est élevé, dans la jurisprudence, un doute au sujet de l'interprétation de l'article 2124 et c'est le mot "préférence" qui en est la cause.

L'on s'est demandé si cet article s'applique non seulement lorsqu'il y a concours entre deux créanciers hypothécaires, mais s'il peut être également invoqué par le créancier chirographaire ou par les tiers détenteurs dont les droits sont en conflit avec ceux du créancier dont le jugement serait enregistré.

La Cour d'Appel, dans une cause de Macdonald et al. vs Nolin, (2) a décidé que le tiers détenteur ne pouvait invoquer le bénéfice de cet article, mais qu'au contraire il était tenu de payer la créance avec tous les intérêts non prescrits.

Voici le dispositif de ce jugement, qui résume bien la pensée de ceux qui soutiennent ce côté de la controverse:

"Considérant que, de droit commun, l'intérêt suit le rang de l'hypothèque ou privilège attaché au capital qui le produit; qu'il en est autrement que lorsqu'il en est ainsi ordonné par quelque loi particulière, spécialement décrétée à cet effet, et que cette loi, lorsqu'elle existe, doit être restreinte dans ses strictes limites et ne doit pas être étendue aux cas qu'elle n'a pas inclus;

"Considérant que les clauses 37 et 38 du chapitre 37 des Statuts refondus du Bas-Canada, sur lesquelles est fondé le

(1) Art. 2151 C. N. et la Loi de 1893.

(2) 14 L. C. J. 125.

jugement dont est appel, contiennent des dispositions de l'espèce sus mentionnée, ayant pour effet et ayant l'effet de changer la loi commune, pour un cas particulier, savoir, pour le cas où deux créanciers hypothécaires se présentent, par concurrence à la distribution du produit d'un immeuble qui leur est hypothéqué décrètent que le créancier antérieur n'aura sur celui qui lui est postérieur, préférence à l'encontre de ce dernier, que pour deux années seulement d'intérêt et pour l'année courante, à moins d'un enregistrement spécial de la part de ce créancier antérieur;

"Considérant que ces dispositions ne sauraient, d'après leur nature, être appliquées à d'autres cas qu'à celui qui est mentionné, ni être appliquées au tiers détenteur d'un immeuble poursuivi hypothécairement par un créancier;

"Considérant que pour ces raisons les demandeurs appelants avaient le droit de faire déclarer hypothéqué en leur faveur l'immeuble possédé par le défendeur intimé, pour le montant des obligations produites, et aussi pour tous les intérêts non prescrits échus sur chacune d'elles, et non pour deux années seulement et la courante, tel que déclaré par ledit jugement".

Et la Cour d'Appel a renversé le jugement du juge Sicotte, qui avait déclaré que le tiers détenteur n'était tenu que de payer les intérêts de deux années et l'année courante.

Dans la cause de Bricault vs(1) Bricault, il a été décidé précisément le contraire; mais ce jugement bien que rendu postérieurement à l'autre ne comporte aucune explication ni raison pour lesquelles la jurisprudence de la Cour d'Appel n'a pas été suivie.

Dans le volume 6 Langelier, 365, ces deux jugements sont mentionnés et le savant auteur donne préférence à la solution de la Cour d'Appel.

Il semblerait donc qu'il faut accepter la jurisprudence de cette dernière cour et dire que cet article 2124 ne s'applique qu'au cas où il y a rivalité entre des créanciers quant à la distribution du produit d'un immeuble qui leur était hypothéqué. Cependant, c'est une solution qui ne nous satisfait guère.

(1) 11 R. L., 163.

Le jugement de la Cour d'Appel ci-haut mentionné cite deux clauses des Statuts refondus du Bas-Canada, ch. 37; voici ces deux clauses:

"37.—Nul créancier n'aura, à raison de l'enregistrement d'une hypothèque ou privilège, droit à une préférence ou priorité sur d'autres créanciers pour plus de deux années d'arrérages d'intérêts et les intérêts de l'année courante. . . ."

"38.—L'hypothèque créée par l'enregistrement de toute réclamation pour intérêts ou arrérages qui n'auront pas été conservés par l'enregistrement primitif, ne datera que du jour de l'enregistrement de cette créance."

Comme on le voit, il y a une différence notable entre ces clauses et notre article 2124, et l'on peut se demander si la Cour d'Appel, aujourd'hui, alors qu'elle n'aurait pas à prendre en considération ces clauses, mais qu'elle devrait se baser simplement sur le Code, rendrait le même jugement.

De plus, ne semble-t-il pas que cette interprétation de la loi va à l'encontre et du but et de la théorie de l'enregistrement?

L'enregistrement a pour but la publicité des créances privilégiées et dans l'intérêt du débiteur, afin de faire voir jusqu'à quel point son crédit peut valoir, et dans l'intérêt des créanciers pour leur permettre de juger de la valeur de leur garantie.

Or, il est facile de comprendre toute la différence que peut faire au point de vue pratique l'une ou l'autre interprétation de cet article.

Un tiers détenteur pourrait être forcé de payer tous les intérêts non prescrits, et les créanciers chirographaires verraient un créancier hypothécaire, dans le cas où il n'y en aurait qu'un seul, payé par préférence pour tous ses intérêts ainsi que le capital, au lieu de partager avec lui au marc la livre pour le surplus de ces intérêts au-delà de deux années et l'année courante.

Encore une fois, est-ce que ceci n'est pas l'encontre des intérêts du débiteur et des créanciers?

Et si l'on parle des droits du créancier dont il s'agit de colloquer la réclamation, il ne faut pas oublier qu'il n'en tient qu'à

lui de se protéger au moyen de l'enregistrement de tous les intérêts non prescrits au delà des deux années et l'année courante, tel qu'il lui est permis de le faire en vertu de l'article 2125. Si, donc, il est lésé, cela ne serait dû qu'à sa propre négligence de profiter des dispositions de la loi.

L'article 2061 C. C., jette quelque lumière sur cette discussion.

La première partie de cet article se lit comme suit:

"L'objet de l'action hypothécaire est de faire condamner le détenteur à délaisser l'immeuble pour qu'il soit vendu en justice, si mieux il n'aime payer la créance en principal, les intérêts conservés par l'enregistrement, et les dépens".

Ainsi cet article détermine quelles sont les obligations du tiers détenteur sur une poursuite hypothécaire bien libellée.

Si l'on adopte l'opinion à l'effet que cet article 2124 ne s'applique pas au tiers détenteur, comment alors expliquer les mots de l'article 2061 "les intérêts conservés par l'enregistrement" ?

En effet, si l'on met de côté cet article 2124, quels intérêts l'enregistrement peut-il conserver ? En vertu de l'article 2061, le tiers détenteur sur poursuite hypothécaire n'est pas obligé de payer tous les intérêts, mais seulement ceux conservés par l'enregistrement ; or les intérêts conservés par l'enregistrement sont indiqués dans cet article 2124, et si le législateur ne voulait pas que cet article s'appliquât au tiers détenteur, il aurait dû dire que le tiers détenteur serait tenu de payer tous les intérêts non prescrits.

De telle sorte que, pour concilier les dispositions de ces deux articles, ne semble-t-il pas qu'il faille étendre l'application de l'article 2061 au tiers détenteur aussi bien qu'à un créancier hypothécaire ?

De plus, notre système hypothécaire, nous le savons, est calqué en grande partie sur le Code Napoléon, et, bien que nos articles diffèrent quelque peu de ceux de ce code, la théorie du régime des hypothèques et de leur publicité par inscription ou enregistrement est la même. Or, en France, les auteurs sont unanimes à dire que jamais un créancier ne peut réclamer plus de trois années d'intérêt.

Voir 3 Aubry et Rau, 285, p. 686, où la doctrine est exposée comme suit: "Il en résulte que la disposition de l'article 2151 peut être invoquée non seulement par d'autres créanciers hypothécaires, mais encore par les créanciers simplement chirographaires ainsi que par le tiers détenteur qui, sans purger, offre de payer le montant de la dette hypothécaire".

Dans la note 11 de la même citation, MM. Aubry et Rau font observer que l'on a voulu soutenir que cet article n'avait pour but que de régler les rapports des créanciers hypothécaires entre eux, mais que cette opinion a été mise de côté, parce qu'une créance ne saurait changer de caractère et être chirographaire vis-à-vis de certains créanciers et hypothécaire vis-à-vis d'autres.

"La disposition de l'article 2151, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, peut être invoquée, non seulement par les créanciers privilégiés ou hypothécaires, mais encore par les créanciers chirographaires, ainsi que par les tiers-acquéreurs." (1)

55.—L'article 2125 C. C. s'exprime ainsi: "Le créancier n'a d'hypothèque pour le surplus des arrérages d'intérêts ou de rente qu'à compter de l'enregistrement d'une demande ou bordereau spécifiant le montant des arrérages échus et réclamés.

"Néanmoins, les intérêts échus lors de l'enregistrement primitif dont le montant y est spécifié sont conservés par cet enregistrement."

Ainsi, bien que l'article 2124 limite les intérêts garantis par hypothèque, le créancier a, à sa disposition, un moyen de s'assurer une garantie nouvelle pour le surplus et ce moyen lui est fourni par le premier paragraphe de l'article que nous venons de lire et qui décrète que le créancier n'a qu'à enregistrer cette nouvelle créance et qu'alors elle sera garantie comme le principal, mais pas au même rang, cependant. Cette nouvelle hypothèque, car c'en est vraiment une, passera après celles qui ont pu être enregistrées depuis l'enregistrement primitif et avant l'enregistrement des intérêts en question.

(1) 3 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1721.

56.—L'enregistrement ne fait pas perdre les intérêts non prescrits échus avant cette procédure. Ces intérêts forment une somme fixe et déterminée et sont conservés au même rang que le capital, pourvu qu'ils soient mentionnés et spécifiés lors de l'enregistrement du jugement. C'est ce que décrète le dernier paragraphe de l'article 2125.

Cette règle est claire et ne souffre aucune discussion.

57.—Quant aux intérêts des intérêts, le code ne les mentionne pas spécialement, et il faut déduire des principes généraux si le créancier hypothécaire peut ou ne peut pas les réclamer.

La négative s'impose.

En effet, comme le fait d'avoir droit à ces intérêts serait un nouveau privilège ou une nouvelle préférence, il faudrait un texte spécial pour l'accorder ou au moins un texte de nature à faire présumer que telle était l'intention du législateur.

Or, ce texte n'existe pas.

Cependant, le créancier aura évidemment droit aux intérêts des intérêts mentionnés lors de l'enregistrement primitif, et aussi aux intérêts des intérêts dûment enregistrés subséquentement: dans les deux cas, à partir de l'enregistrement seulement et pourvu toutefois que le créancier ait le droit de réclamer de tels intérêts.

Cette solution est conforme à la doctrine française interprétée dans ce sens par la plupart des auteurs, bien que le contraire ait déjà été soutenu en France.

Voir 3 Aubry et Rau, 285, p. 685, note 9: "La collocation pour trois années, réclamée en vertu de l'article 2151 ne peut comprendre les intérêts des intérêts stipulés entre le créancier et le débiteur, ou dus par suite d'une demande judiciaire".

Voir 3 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1721 où l'on trouve la même opinion exprimée.

58.—Il faut remarquer que l'article 2124 ne vise que les intérêts subséquents à l'enregistrement. Quant à ceux échus avant, le créancier pouvait parfaitement se protéger en les enregistrant suivant le deuxième alinéa de l'article 2125.

Il n'en tenait qu'au créancier de se protéger, et, s'il ne l'a pas fait, il n'a que lui-même à blâmer.

C'est dans ce sens que les auteurs en France interprètent cette règle.(1)

Maintenant, que doit-on entendre par ces mots : deux années et l'année courante ?

Il n'est pas nécessaire que ce soit les deux dernières années ; deux années que conque d'intérêts, pourvu qu'elles soient dues et non prescrites, emportent préférence.

C'est aussi là la décision des auteurs.(2)

Ces années changeront au fur et à mesure des paiements faits par le débiteur, mais les tiers ne peuvent s'en plaindre, attendu qu'ils savent toujours à quelle somme la créance peut s'élever.

En pratique, dans notre droit, on interprète l'article comme si on disait au lieu de deux années d'intérêt, deux termes d'intérêt d'une année chacun et les intérêts échus sur le terme ou les termes de l'année en cours au moment où l'effet légal de l'hypothèque est produit.

Si, par exemple, les intérêts étaient payables semi-annuellement, le 1^{er} mars et le 1^{er} septembre, qu'ils n'avaient pas été payés depuis quatre ans, et que l'immeuble avait été vendu le 1^{er} octobre, le créancier aurait droit à deux années d'intérêt plus ceux de mars au 1^{er} octobre.

Ainsi dans notre droit, le point de départ est le titre ou l'échéance annuelle.

En France,(3) l'on a soutenu que l'année courante signifiait une année entière et que, lorsqu'il était dû plus de trois années d'intérêt, le créancier avait le droit d'être colloqué pour trois années entières.

Mais la majorité des auteurs repoussait cette interprétation et une loi fut passée étendant le privilège à trois années complètes au lieu de deux et la courante.

(1) 3 Aubry et Rau, paragraphe 285, page 691; Thésard, 147; 3 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1713.

(2) Thésard, 147.

(3) 3 Troplong, 698 *ter*.

Certains auteurs français⁽¹⁾ ont aussi prétendu que le point de départ de l'année courante était l'inscription, parce qu'il s'agit d'intérêts conservés par cette inscription.

Mais cette opinion n'avait pas prévalu, et l'on décidait, et l'on décide encore aujourd'hui pour les cas où l'ancien article 2151 du Code Napoléon s'applique, que l'année a pour point de départ l'échéance et pour terme le moment où l'hypothèque produit son effet légal.

50.—Il ne peut être question, dans l'article 2034, des frais pour lesquels il y a un privilège spécial en vertu d'autres articles, comme les frais de saisie de l'immeuble et de la préparation et homologation de l'ordre; ceux-ci sont privilégiés et n'ont pas besoin d'enregistrement pour leur conservation.

Les frais, dont il s'agit dans cet article sont les frais faits pour obtenir le jugement qui emporte hypothèque judiciaire, frais auxquels la partie qui a succombé a été condamnée par le tribunal.

Il a aussi été décidé que la copie de jugement nécessaire à l'enregistrement de ce jugement ainsi que le coût de cet enregistrement faisaient partie des frais conservés par l'hypothèque judiciaire.⁽²⁾

Et cette décision semble juste vu que le créancier a le droit d'exiger cette copie. On a depuis, comme nous l'avons déjà dit, ajouté, dans le nouveau tarif d'honoraires, un honoraire spécial pour l'enregistrement d'un jugement, et cette nouvelle somme fera aussi partie des frais conservés par l'hypothèque judiciaire.

Maintenant, que dire des frais subséquents et pour lesquels il n'y a pas de jugement :

Il semble qu'ils ne peuvent en aucun cas être colloqués au même rang que ceux accordés par le jugement, ni même être colloqués du tout sans une nouvelle inscription.

En France, lorsqu'une créance ordinaire est enregistrée il est permis d'évaluer le montant de dépens que la conservation et la réalisation de cette créance peuvent occasionner et l'inscrip-

⁽¹⁾ Colmet de Santerre, vol. 9, 131.

⁽²⁾ Luneau et Luneau et Gaudet, 19 C. 8. 146.

tion du montant de cette évaluation emportera hypothèque du jour de l'inscription primitive. Et il est fort possible que, par analogie, l'on permettrait l'inscription des frais subséquents dont il est question ici.

Dans notre droit, cependant, attendu que la somme doit toujours être fixe et déterminée il serait impossible de suivre la même procédure.

En pratique, ici, l'on exige toujours la production du certificat de frais qui n'est donné qu'après taxation du mémoire.

Mais en théorie et vu les mots de l'article "sans qu'ils y soient liquidés", est-ce qu'on ne devrait pas dire que l'hypothèque judiciaire emporte préférence pour tous frais sous les restrictions ci-dessus mentionnées, que le montant en soit ou non fixé par la taxation pourvu qu'ils pourraient être compris dans le mémoire taxé? Ainsi l'enregistrement du jugement contenant la condamnation aux dépens, et avant même que le mémoire soit fait, conserverait ces frais au même rang que le capital.

CHAPITRE V

L'ENREGISTREMENT

SOMMAIRE. 60—Nécessité de l'enregistrement. 61—But. 62—Historique. 63—L'enregistrement ne crée pas le droit. 64—L'hypothèque judiciaire doit être enregistrée. 65—Doctrines française. 66—Effets produits par l'hypothèque non enregistrée. 67—Jurisprudence. 68—Application des principes à l'hypothèque judiciaire. 69—Conséquences. 70—Exceptions. 71—L'enregistrement doit être légal. 72—Dangers de l'enregistrement illégal.

60.—Nous avons vu, d'après l'article 2034, que le créancier qui a obtenu un jugement d'une certaine nature acquerrait par le fait même une hypothèque judiciaire.

Et ceci de plein droit; l'hypothèque résulte du jugement seul, et en est pour ainsi dire un accessoire, sans acte ou demande de la part du créancier, sans que toute objection de la part du débiteur puisse avoir quelque effet à l'encontre.

Cependant, avant l'enregistrement, ce droit n'est qu'en puissance, bien qu'il existe, avant que le créancier ne le mette en valeur au moyen de cette procédure.

Ceci découle de l'article 2034, qui renvoie à l'article 2026 et de l'article 2121, déjà cité.

Voici l'article 2026 C. C.: "L'hypothèque légale n'affecte que les immeubles appartenant au débiteur et décrits dans un avis qui en requiert l'enregistrement, tel que prescrit au titre "De l'enregistrement des droits réels."

Avant d'aborder l'étude de cette matière de l'enregistrement, il convient de noter une différence entre les articles 2034 et 2121.

L'on peut dire, en premier lieu, que l'article 2121 n'est qu'une répétition de ce qui résulterait de l'interprétation des articles 2034 et 2026, si cet article 2121 n'existait même pas.

L'article 2034 mentionne comme sources de l'hypothèque judiciaire les tribunaux du Bas-Canada, tandis que l'article 2121 ne parle que des tribunaux civils.

Ce dernier article semblerait donc exclure les tribunaux de juridiction criminelle et serait en conséquence moins général. Cet article porterait à croire que les jugements des tribunaux criminels n'emporteraient pas hypothèque, ou encore que les jugements de ces derniers tribunaux n'auraient pas besoin d'être enregistrés. Mais cette seconde alternative serait tellement contraire à tout notre système de publicité des hypothèques judiciaires au moyen de l'enregistrement que nous ne pouvons nous y arrêter un instant.

Si notre interprétation de l'article 2034, eu égard aux jugements des tribunaux de juridiction criminelle, à l'effet qu'ils produisent hypothèque comme ceux des tribunaux civils, est bonne, malgré cet article 2121 et nous basant sur l'article 2026, il semble qu'il faudrait conclure qu'ils sont soumis comme les autres aux formalités de l'enregistrement ou aux conséquences du non-enregistrement. La référence dans l'article 2034 à l'article 2026 empêche que l'on puisse dire qu'en vertu de l'article 2121, les jugements des tribunaux criminels, ne produisent pas une hypothèque judiciaire.

La nécessité de l'enregistrement quant à l'hypothèque est décrétée par le dernier alinéa de l'article 2130 C. C. qui se lit:

"Aucune hypothèque, excepté celle en faveur des compagnies d'assurance mutuelle pour le recouvrement des contributions des assurés n'a d'effet sans enregistrement."

L'article 2082 conduit à la même conclusion, en disant:

"L'enregistrement des droits réels leur donne effet et établit leur rang suivant les dispositions contenues sous ce titre (de l'enregistrement)."

Il découle de ces deux articles que l'enregistrement est requis pour faire produire à une hypothèque tous ses effets juridiques.

Il appert également à la lecture de ces deux articles que la règle qu'ils établissent est d'application absolument générale et doit couvrir toutes les hypothèques, les hypothèques judiciaires aussi bien que les autres.

61.—Le but que le législateur a voulu atteindre en promulguant cette loi de l'enregistrement a été de rendre les droits réels en général et, dans le cas qui nous occupe, les hypothèques, publiques, c'est-à-dire de donner au public un moyen facile de les connaître. Son but était donc la publicité de ces droits.

Subsidiairement et comme conséquence, l'enregistrement donne aussi le rang aux hypothèques sous certaines restrictions que nous étudierons. Car, puisque l'enregistrement est nécessaire pour donner effet aux hypothèques, il était naturel et logique que le rang de deux hypothèques fût déterminé par les dates respectives de leur enregistrement; autrement cette publicité aurait perdu sa valeur, et le législateur sans détruire le but qu'il voulait atteindre, *i. e.* la publicité comme protection pour le public, ne pouvait guère s'exempter de décréter que le rang serait fixé par l'enregistrement.

Ce système de la publicité des hypothèques est maintenant adopté dans tous les pays, bien que les formalités à accomplir ne soient pas partout les mêmes. Le sujet intéresse cette étude, parce que, comme nous l'avons dit, l'enregistrement est requis pour les hypothèques judiciaires comme pour les hypothèques légales et conventionnelles.

62.—Dans l'ancienne Grèce, on trouve peut-être les premières traces de la publicité des hypothèques dans les bornes ou

pierres que l'on plaçait sur la propriété pour indiquer les droits d'un acquéreur ou d'un créancier.

A Rome, on n'a pas connu l'enregistrement ou la publicité des hypothèques et la règle était "*Prior tempore, potior jure*". A la fin de la législation romaine, on avait cependant accordé la préférence aux créances constatées par certains actes, mais il n'y avait aucune publicité. Seulement, la fraude était très sévèrement punie et c'était là la meilleure garantie du créancier transigeant.

Dans l'ancien droit français, l'hypothèque était clandestine: on regardait même la publicité comme un danger, danger à éviter surtout pour les grands, dont le crédit aurait souffert proportionnellement.

Cependant, de temps à autres plusieurs tentatives furent faites pour établir un certain système de publicité: c'est ainsi que Louis XIV publia en l'année 1673 un édit dans ce but, lequel aurait eu pour effet de produire des réformes considérables.

Mais dès 1674, le dit édit fut rappelé à cause probablement des protestations nombreuses auxquelles il donna lieu.

Et ce ne fut que sous le régime de la révolution que la publicité fut proclamée et définitivement admise, quoique acceptée à regret par un grand nombre, car elle a toujours eu des adversaires acharnés.

Enfin, le Code Napoléon adopta aussi la théorie de la publicité et aujourd'hui, en France, ses bienfaits sont reconnus par tous.

Il va sans dire que les lois de l'enregistrement ou plutôt de l'inscription, nom qui est donné en France à cette procédure, furent souvent modifiées et profondément changées en ce pays.

En notre droit, avant 1841, les hypothèques n'étaient soumises à aucune forme d'enregistrement et c'est le Statut 4 Vict. ch. 30, 1841, qui organisa pour la première fois au pays un système de publicité.

Mais ce n'est réellement qu'en 1860, en vertu du Statut 23 Victoria, qu'un système effectif pour la protection des tiers fut adopté.

63.—Il y a de grandes différences entre le droit français et notre droit en cette matière, et nous aurons l'occasion de signaler les principales au cours de cette étude.

Cependant, la base est la même, car, en France, on reconnaît, comme il est admis chez nous, que ce n'est pas l'inscription qui donne naissance au droit, mais qu'elle a simplement pour effet de rendre ce droit opposable aux tiers.

Dans d'autres pays, tel que l'empire allemand, l'inscription est nécessaire pour faire naître ou au moins pour compléter le droit qui n'existe pas encore avant l'accomplissement de cette procédure.

A première vue, il peut paraître indifférent de dire que le droit naît avant l'inscription ou à la suite d'icelle, mais nous verrons qu'en pratique cela produit une grande différence quant à certains droits.

64.—Le Code a apporté de grandes modifications au système d'enregistrement et aux effets produits par l'enregistrement. Ainsi, avant le Code une hypothèque non enregistrée primait la réclamation du créancier chirographaire.

Sous l'empire de notre Code, en vertu de l'article 2130, nous pouvons dire, en laissant de côté les exceptions, que toute hypothèque judiciaire pour pouvoir produire tous les effets légaux possibles envers et contre tous doit être enregistrée.

Ceci découle formellement de l'article 2130 qui ne mentionne ni ne comporte aucune exception et par conséquent couvre toutes hypothèques, tant légales et conventionnelles que judiciaires.

L'article 2121 confirme aussi cette interprétation de l'article 2031 en indiquant de quelle manière doit se faire cet enregistrement.

Enfin, la jurisprudence s'est constamment prononcée en ce sens; l'article d'ailleurs est si clair qu'il a rarement été mis en doute que l'enregistrement était requis, mais un grand nombre de jugements ont incidemment affirmé le principe de la nécessité absolue de l'enregistrement.

Encore une fois, nous verrons plus tard quels effets peut produire l'hypothèque non enregistrée, mais il n'en est pas

moins vrai de dire que sans enregistrement aucune hypothèque ne peut produire tous ses effets.

En 1874, dans une cause de la Banque Jacques-Cartier,(1) appelante, v. Ogilvie et al., intimés, la Cour d'Appel présidée par le juge en chef Dorion, rendit jugement touchant cette matière. Et voici quelques remarques du président du tribunal:

"Article 2023 provides that no hypothec can be acquired to the prejudice of existing creditors upon immoveables of persons notoriously insolvent. Article 2047 says that hypothecs created hereafter, that is, the coming into force of the Code, are without affect unless they conform to the provisions of article 2130 which says: "No hypothec has any effect without registration, except that of mutual insurance companies".

"From these several dispositions, it follows that since the Code an hypothec cannot be acquired on the property of persons notoriously insolvent at the time the registration takes place.

"It was therefore sufficient for the appellant to show that the insolvency of Thomson was notorious, that is, publicly known when the respondents' judgments were registered, although it might not be known when the judgments were rendered, to sustain their contention."

Dans une cause(2) plus récente, et qui se présentait sous un autre aspect, la Cour de Révision s'est prononcée dans le même sens.

Une dame Morency, en 1895, donne une hypothèque à une dame Laberge, laquelle hypothèque ne fut enregistrée qu'au mois de mars 1897. Au mois de novembre de cette dernière année, le demandeur institua une action contre la dite dame Morency, réclamant une somme à lui due et concluant à l'annulation de l'acte créant hypothèque vu l'insolvabilité notoire de la dite personne. La dite dame Laberge avait été mise en cause. La première contesta l'action et la Cour accorda le montant réclamé et annula l'acte créant l'hypothèque, ayant

(1) 19 L. C. J., 100.

(2) Théberge v. Morency, 14 C. S., 84.

trouvé que la défenderesse avait été insolvable pendant tout le cours de l'année 1897.

Ce jugement était basé sur le fait que l'hypothèque, bien que créée en 1895 et avant que la défenderesse fût prouvée insolvable, n'avait aucun effet avant son enregistrement en 1897.

Cette décision donnait ainsi suite à l'article 2130.

L'interprétation de ces deux jugements nous amène donc à la conclusion que cette absence d'effet de l'hypothèque peut être invoquée non seulement en faveur des tiers détenteurs et autres créanciers enregistrés, mais même aussi en faveur des créanciers chirographaires.

Nous avons dit que dans l'ancien droit canadien, avant le Code, l'hypothèque sans enregistrement produisait un certain effet quant aux créanciers chirographaires et que l'hypothèque non enregistrée leur était préférée.

Voici la disposition le décrétant: "La créance du vendeur et les hypothèques conventionnelles quoique non enregistrées gardent entre elles leur rang et sont préférées aux créances chirographaires". C'est là la disposition en vigueur sous l'ancien droit, tel qu'énoncé par les rédacteurs du Code.

Mais le Code a évidemment changé la loi à ce sujet, tel que nous avons pu le constater et par la simple lecture de l'article et par les décisions que nous avons rapportées.

D'ailleurs, l'intention bien formelle des codificateurs, telle qu'indiquée dans leur rapport, était bien de changer la loi alors en vigueur et d'enlever tout effet à l'hypothèque non enregistrée. En effet, voici comment ils s'expriment:(1)

"Néanmoins, les commissaires sont d'avis que l'hypothèque ne devrait avoir son effet qu'en autant qu'elle est rendue publique par l'enregistrement et proposent un amendement en conséquence."

En thèse générale, nous pouvons dire que l'hypothèque sans enregistrement ne produit pas ses effets quant aux tiers, expression que nous appliquons ici aux tiers détenteurs, aux créanciers enregistrés et aux créanciers chirographaires.

(1) Rapport des Commissaires, vol. 3, p. 65.

Ces effets dont il est question, sont le droit de préférence et le droit de suite : lesquels droits nous avons déjà étudiés sommairement.

Voici ce que dit sur ce sujet le juge Gervais : (1)

"..... La loi doit protéger Charles; et elle le fait, en disant que l'hypothèque non enregistrée est sans effets, c'est-à-dire, ne crée pas même de rang à l'encontre des créanciers chirographaires.

"C'est là une différence entre l'hypothèque constituée avant le Code et celle qui a été établie depuis. La première qui est toujours primée par l'hypothèque enregistrée ne laisse pas cependant de faire préférer le créancier hypothécaire, dont le titre n'est pas enregistré, au créancier chirographaire. L'hypothèque constituée depuis le Code, mais non enregistrée n'a aucun effet, même vis-à-vis des créanciers chirographaires."

Nous pouvons ajouter que soutenir aujourd'hui le contraire serait le bouleversement de tout notre système hypothécaire.

65.—Il est intéressant d'examiner la doctrine française à ce sujet, car, sur ce point, et la loi et l'opinion des auteurs sont semblables à notre droit.

L'article 2134 C. N. se lit comme suit :

"Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi, sauf les exceptions portées en l'article suivant."

Et l'article 2093 C. N. :

"Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence."

En France, comme ici, le but de l'inscription de l'hypothèque est la publicité quant aux tiers et on comprend sous ce nom les tiers acquéreurs, les autres créanciers hypothécaires et les créanciers simplement chirographaires. (2)

(1) 2 R. L. (N. S.), 94.

(2) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1440.

Peu après la promulgation de la loi sur l'inscription, on a voulu mettre en doute si les créanciers chirographaires avaient le droit de se prévaloir du défaut d'inscription et s'il ne fallait pas attribuer une préférence aux créanciers hypothécaires dont la créance n'était pas enregistrée.

Mais la jurisprudence et les auteurs⁽¹⁾ s'accordent pour repousser cette théorie.

Voici ce que dit Pont:

L'inscription est requise pour donner vie à l'hypothèque "en lui attribuant le droit de prendre rang entre les créanciers et de se produire en réalité et en fait ce qu'elle est en droit, c'est-à-dire, comme une cause légitime de préférence".⁽²⁾

66.—Est-il vrai de conclure de la lecture de l'article 2130, que l'hypothèque non enregistrée ne confère aucun droit ?

Immédiatement, nous devons dire que cette conclusion nous entraînerait nécessairement à cette autre, que l'enregistrement crée dans ce cas le droit, tandis que nous avons dit que l'enregistrement ne fait que conserver le droit, mais ne lui donne pas vie.

Quant aux hypothèques judiciaires en particulier, l'article 2034, nous l'avons vu, est formel et décrète que cette espèce d'hypothèque résulte des jugements, sans qu'il soit fait mention du tout de l'enregistrement.

D'un autre côté, nous avons aussi constaté que sans l'enregistrement l'hypothèque ne produisait aucun effet quant aux tiers, i. e., ne donnait au titulaire ni le droit de préférence, ni le droit de suite.

Tout de même, puisque le droit existe et qu'il a une existence indépendante de l'enregistrement et antérieure à celui-ci, il paraît naturel qu'il produise certains effets entre certaines personnes et en certaines circonstances.

Si l'on se demande quel intérêt peut avoir un créancier chirographaire à pouvoir invoquer le défaut d'enregistrement d'une hypothèque, puisque le créancier hypothécaire n'aurait qu'à faire enregistrer son droit hypothécaire et acquérir ainsi cette

(1) 3 Aubry et Rau, 267; Thésard, p. 189.

(2) Vol. 2, 731.

préférence qu'on veut lui contester, il est facile de comprendre que dans le cas d'insolvabilité notoire ou de faillite, l'intérêt du créancier chirographaire peut être considérable, puisque le créancier hypothécaire ne pourra plus enregistrer et qu'alors les deux réclamations seront colloquées au marc la livre.

L'interprétation de cet article 2130, au point de vue que nous étudions, offre de grandes difficultés, et nos magistrats les plus savants se sont divisés en deux camps: les uns prétendant que les mots "sans effet" doivent être interprétés comme s'appliquant aux rapports entre les parties comme à ceux entre les tiers; les autres soutenant qu'ils ne s'appliquent pas entre les parties, c'est-à-dire, que même sans enregistrement entre les parties, l'hypothèque existe avec toutes les conséquences de droit qui peuvent découler de cette existence.

En France, bien qu'il n'y ait dans le Code Napoléon, comme en notre droit d'ailleurs, aucun texte qui le dise formellement et qu'au contraire il y en a qui paraissent dire le contraire, les auteurs enseignent que l'hypothèque existe en soi, sans la formalité de l'inscription, quant aux rapports des parties entre elles.

L'article 2135 C. N. dit:

"L'hypothèque existe indépendamment de toute inscription." Et cet article procède à énumérer des exceptions à la loi générale; ce qui semblerait indiquer que dans les autres cas l'inscription est nécessaire à la vie même de l'hypothèque.

C'est en se basant sur cet article et sur d'autres au même effet que certains auteurs ont voulu voir dans l'inscription une sorte de confirmation du droit hypothécaire.

Mais la plupart des auteurs ont maintenant fait justice de cette prétention et tirent des principes généraux et de l'esprit du code Napoléon ainsi que d'autres articles (1) la conclusion contraire, à l'effet que l'inscription ou la publicité n'est exigée que pour faire valoir l'hypothèque vis-à-vis des tiers et non vis-à-vis des parties.

Voici ce que disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes:

"De là résulte cette conséquence que la publicité n'est pas requise dans les rapports des parties. A l'égard du débiteur

(1) Articles 2134, 2146, 2166 C. N.

dont les immeubles sont grevés d'une hypothèque légale, judiciaire ou conventionnelle, ou d'une manière plus générale à l'égard du constituant, de ses héritiers ou successeurs universels ou à titre universel qui continuent sa personne ou le représentent, l'hypothèque existe sans publicité, elle produit les effets qui y sont attachés, et apporte aux droits du constituant les restrictions que nous déterminerons.

"Il en est de même dans les rapports des héritiers entre eux."

".....Nulle condition de publicité ne saurait être exigée, car la publicité n'est requise qu'à l'égard des tiers; les héritiers du débiteur sont les continueurs et les représentants de celui-ci; pas plus que leur auteur, ils ne peuvent se prévaloir du défaut de publicité."(1)

Nous examinerons plus tard quelles sont les conséquences que les auteurs français tirent de cette théorie.

67.—Pour en arriver à une solution en ce qui concerne notre droit, nous allons examiner quelques jugements qui affectent cette matière et qui nous paraissent les plus importants.

La question a été étudiée par la Cour de Revision, en 1889, dans une cause de Gauthier(2) et Michaud.

Voici quels étaient les faits de cette cause. En décembre 1887, le défendeur s'est obligé, par acte, à payer au demandeur la somme de \$400.00 par termes annuels dont le premier devait échoir le 1er janvier 1891, avec hypothèque sur une propriété désignée à l'acte, lequel le demandeur n'a fait enregistrer que le 18 juin 1888, c'est à dire, plus de six mois après qu'il fût passé.

Sur les entrefaites, le 13 février 1888, un nommé Truchon, le tiers-saisi, fit enregistrer une vente de la même propriété que le défendeur lui avait consentie l'avant-veille.

Le demandeur prétendant que le défendeur devait faire enregistrer l'acte du 5 décembre 1887, et qu'il avait frauduleusement diminué ses sûretés et s'était rendu insolvable en vendant, a poursuivi le défendeur pour cette somme de \$400.00,

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1439; Thégar, 137; 3 Aubry et Rau, 267.

(2) 15 R. L., 134.

dont le plus prochain terme échéait, tel que mentionné, le 1er janvier 1891, trois ans plus tard.

Il y eut dénégation générale de la part du défendeur. Le demandeur avait aussi pris une saisie-arrêt entre les mains de Truchon.

Il est évident ici que la première question qui s'élevait était celle de savoir si l'hypothèque non enregistrée avant l'enregistrement de la vente avait une valeur quelconque et conférait quelques droits au demandeur à l'encontre du défendeur.

La Cour était présidée par les juges Casault, Andrews et Larue.

Nous allons d'abord citer quelques unes des remarques du juge Casault, qui était dissident :

"Le demandeur a tort de dire que le défendeur a, par son fait, diminué ses sûretés, quand c'est sa propre négligence, en n'enregistrant pas son acte, qui a empêché l'hypothèque, que lui avait consentie le défendeur de prendre effet.

"Il est vrai que la partie de l'article 1092 de notre Code civil, qui ne permet plus au débiteur de réclamer le bénéfice du terme, lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier, n'est que la copie mot à mot de la partie correspondante de l'article 1188 du Code Napoléon; mais quant à la constitution d'une hypothèque, le droit que nous a fait notre Code diffère si matériellement du droit français que ni la doctrine, ni la jurisprudence françaises ne peuvent être invoquées en cette cause.

"En France, l'hypothèque régulièrement consentie affecte l'immeuble sans inscription, tant qu'il reste la propriété du débiteur et de ses héritiers. L'inscription n'est requise que pour le conserver à l'encontre des tiers.

"C'était aussi là notre droit avant le Code, mais celui-ci l'a changé; et il n'y a plus, depuis sa mise en force, d'hypothèque sans enregistrement. L'article 2130, au dernier alinéa, le décrète en ces termes: "Aucune hypothèque, excepté celle en faveur des compagnies d'assurance mutuelle pour le recouvrement des contributions des assurés n'a d'effet sans enregistrement." La stipulation d'une hypothèque, dans l'acte du 5 décembre de 1887, entre le demandeur et le défendeur, pour

assurer le paiement de la somme y mentionnée, eut, en France, même sans inscription, créé, en faveur du demandeur, une hypothèque sur la propriété qui y est décrite, et cette hypothèque aurait, sans inscription, subsisté et grevé la propriété tant qu'elle serait restée en la possession de celui qui l'avait consentie, et même en celle de ses héritiers. Avec nous, depuis le Code, l'hypothèque stipulée n'affecte l'immeuble et n'est faite effective même à l'encontre du débiteur qui l'a consentie que par l'enregistrement.

"On comprend que, en France, l'aliénation, par le débiteur de la propriété affectée d'une hypothèque tant qu'il la possède, faisant disparaître cette hypothèque, diminue les sûretés que le débiteur avait données à son créancier. . . .

"L'aliénation n'a, dans le cas qui nous occupe, diminué rien d'existant. Le débiteur a fait, en consentant l'hypothèque, tout ce qui dépendait de lui pour mettre le créancier en position d'acquiescer, en enregistrant, le droit stipulé qui ne pouvait prendre existence que par l'enregistrement qui est à sa charge. S'il ne l'a pas effectué, il ne peut pas dire que le débiteur a diminué ses sûretés, puisqu'il n'en avait pas, et qu'il n'avait pas, dans les deux mois et quelques jours, cru devoir réaliser un droit, dont l'existence ne dépendait plus que de lui."

Plus loin, le même juge, après avoir conclu à l'absence de fraude, continue:

"Et, sans fraude de sa part, ce n'est pas le fait du défendeur, mais celui du demandeur, c'est-à-dire, sa négligence et son incurie, qui l'ont empêché d'acquiescer les droits qu'avait bien voulu lui consentir le défendeur."

Ainsi il est facile de voir d'après ces notes que nous venons de citer, que le juge Casault était clairement d'opinion qu'il n'y a aucune hypothèque en notre droit avant l'enregistrement.

Voici, d'autre part, quelques notes extraites du jugement de la majorité de la Cour, lequel jugement fut prononcé par le juge Andrews:

"The reporter's note", dit ce magistrat en parlant d'une décision rendue par la Cour de Cassation, "gives the following as

being the reason on which it is based: "La Cour de Cassation prenant de ce point, que c'était la vente pure et simple de l'immeuble consentie par le débiteur, sans mettre la rente à la charge de l'acquéreur qui avait en définitive privé le créancier de son gage, l'hypothèque n'en continuant pas moins d'exister vis-à-vis du débiteur, indépendamment de toute inscription; juge que le droit à la résiliation du contrat existe au profit du créancier, ainsi dépouillé de ses sûretés par le fait du débiteur vendeur". It has upon this been objected that the decision, and the reasoning of the authors in France upon it do not apply to this case, because our article 2130 enacts that "No hypothec has any effect without registration, except that of mutual insurance companies for the amount which the parties insured are liable to contribute." From this it is argued that since the coming into force of our Code, a mortgage has no existence until the deed granting it is enregistered. But article 2130 does not say that there is no hypothec without registration. It says "No hypothec has any effect without registration". That is, no effect against third parties. That it does exist and has effect, as to the debtor granting it, could not be denied without involving the most serious consequences, and would evidently, I think, be inconsistent with the intent of the Code. For instance, article 2054 declares that the debtor cannot deteriorate an hypothecated immoveable, and article 2055, that if he do so, he may be forthwith sued, though the term of payment be not arrived, and article 800 of the Code of procedure subjects such a debtor to *capias*. Can it be contended that if such deterioration has been completed before registration of the hypothec the immoveable when deteriorated was not affected by the hypothec, which then had no existence and, therefore, that the articles do not apply? I think registration is clearly required in the interest of third parties, and of them only; and the obligations of the debtor towards the creditor are incurred at the moment of the signing of the deed. But even if this could be successfully disputed, it would, in my opinion none the less follow that a debtor selling the hypothecated immoveable, before the registration of the hypothec, would

be within article 1092 of our Code. He would have diminished by his act the security given to his creditor. Because, if the hypothec given were not in law, a hypothec until registered, still the debtor could not deny that he had given a security, even if that security only consisted in a germ which would become, at the will of the creditor, a perfect hypothec. By the sale, he destroys that germ and puts it out of the power of his creditor to vivify it, so that he has not only diminished, but destroyed, the security such as he gave it."

Et le juge Larue a concourru avec le juge Andrews pour renverser le jugement de la Cour Supérieure et maintenir l'action.

Nous avons fait cette longue citation, à cause de l'intérêt qu'offrent et cette cause en elle-même et les remarques des savants magistrats. Dans cette cause, d'ailleurs, bien qu'il ne s'agissait pas d'une hypothèque judiciaire, les principes généraux qui y sont discutés peuvent être appliqués à cette espèce d'hypothèque.

La Cour d'Appel, en 1892, dans une cause de *Dolan v. Baker et al.*,⁽¹⁾ a eu l'occasion de se prononcer sur cette intéressante question des effets d'une hypothèque non enregistrée entre les parties elles-mêmes.

Le jugement en appel confirmait le jugement de la Cour Supérieure qui avait été prononcé par le juge Taschereau.

Voici les faits principaux de cette cause, tels que résumés par le juge Lacoste, alors juge en chef de cette cour, qui rendit le jugement :

"L'appelant a fait vendre en justice un immeuble appartenant au défendeur Milloy. Les intimés es-qualité d'exécuteurs testamentaires de Workman et Delisle ont été colloqués sur le prix, pour le montant d'une obligation hypothécaire consentie par Liggett, l'auteur de Milloy, à la Montreal Loan & Mortgage Co., dont Workman et Delisle sont cessionnaires."

Tous les actes avaient été enregistrés à l'exception du titre de l'arrière auteur de Liggett.

La Cour Supérieure n'avait pas admis les prétentions de l'appelant.

(1) 1 B. R., 392.

Voici des extraits du jugement de la Cour d'Appel: " Car dans notre opinion, les intimés, nonobstant non enregistrement de leur titre, sont des créanciers hypothécaires vis-à-vis de leur débiteur qui leur a consenti l'hypothèque. L'hypothèque est un droit réel créé par l'acte d'hypothèque même. Entre les parties, son existence est indépendante de son enregistrement, seulement elle est assujettie comme tout autre droit réel, aux dispositions de l'article 2083 C. C., et elle ne peut avoir d'effet vis-à-vis des créanciers et vis-à-vis des tiers qui ont acquis des droits réels sur l'immeuble qu'à compter de son enregistrement. C'est ce que veulent dire les articles 2047 et 2130.

C. C., article 2047: "Pour l'avenir, l'hypothèque n'a d'effet que conformément à l'article 2130".

C. C., article 2130: "Aucune hypothèque n'a d'effet sans enregistrement".

"Ces articles n'ont en vue que le rang qui doit être observé entre les différents droits réels. On doit donc donner au mot "effet" le sens et la portée qu'il a généralement dans le titre de l'enregistrement. "Sans effet", c'est-à-dire, sans effet vis-à-vis des créanciers enregistrés et non enregistrés, et vis-à-vis des tiers qui ont acquis des droits réels sur l'immeuble et dont le titre est enregistré. En interprétant la loi, on doit harmoniser ses dispositions, tout en donnant autant que possible à chacune d'elles son effet.

"Il suit de là que le créancier hypothécaire non enregistré a une hypothèque valide vis-à-vis de son débiteur, nonobstant le non enregistrement de son titre, et en vertu de cette hypothèque, il peut exiger d'être colloqué de préférence à celui-ci.

"Les intimés qui se trouvent en présence de Liggett, leur débiteur, peuvent donc exiger d'être colloqués avant lui et avant son représentant."

Le juge Bossé était dissident et partageait l'opinion contraire comme il est facile de constater par les remarques suivantes faites au cours de son jugement :

"L'on ne trouve pas de procédé de raisonnement qui puisse venir en aide au titre que le défaut d'enregistrement a rendu sans pouvoir pour donner effet aux enregistrements des titres

subséquents, de même que l'on ne peut trouver une raison pour dire que l'un quelconque de ces enregistrements subséquents serait subitement devenu valide. Une des mailles de la chaîne a été rompue et il n'y a pas de procédé apparent pour réparer le défaut. L'on est forcément et comme conséquence amené à la conclusion que les enregistrements de tous ces titres subséquents sont sans effet.

"....Pas d'enregistrement, pas d'hypothèque effective, dit l'article 2130.

"D'autre part l'article 2050 dit que les créanciers privilégiés ou hypothécaires d'un vendeur prennent rang avant lui; et suivant cet article Liggett ne pouvait se soustraire au paiement de l'obligation qu'il a consentie et se faire payer son prix de vente au préjudice de cette obligation. Mais cet article suppose une hypothèque existante. Or l'enregistrement de l'obligation consentie par Liggett, étant sans effet en raison du non enregistrement du titre de son arrière-auteur, l'hypothèque n'a, suivant l'article 2130, pas d'effet comme hypothèque, et l'article 2050 ne paraît pouvoir s'appliquer."

Les juges Casault et Bossé se sont donc faits les champions de l'opinion de ceux qui étendent l'application de l'article 2130 aux rapports entre les parties. Mais malgré l'autorité de leurs décisions et la force de leurs arguments, il faut bien convenir que la majorité des magistrats prêchent et soutiennent une doctrine contraire et qu'ainsi la jurisprudence jusqu'à ce jour est celle établie par la Cour d'Appel dans le jugement plus haut cité.

L'opinion de(1) l'honorable juge Gervais qui a traité cette question est aussi conforme à celle de la majorité de nos juges:

"L'hypothèque constituée depuis le code mais non enregistrée n'a aucun effet, même vis-à-vis des créanciers chirographaires.

"Cette hypothèque n'a-t-elle aucun effet entre le créancier et le débiteur? Cette hypothèque est valable entre les parties et leurs ayants-cause universels ou à titre universel."

(1) 2 R. L. (N. S.) 95.

Et il semble que c'est bien l'opinion qui devrait triompher en tenant compte de l'esprit de notre système d'enregistrement qui a pour but non pas de créer des droits, mais simplement de conserver des droits acquis, de protéger les tiers au moyen de la publicité et d'établir le rang de certains droits existants et qu'on porte à la connaissance du public au moyen de la formalité de l'enregistrement.

Les principaux obstacles à cette interprétation sont les articles 2130 et 2047, mais nous croyons avec les juges de la Cour d'Appel et de la Cour Supérieure, selon leur opinion ci-haut, que le but de ces articles est de fixer le rang des droits réels entre eux et non d'enlever un droit acquis ou consenti entre les parties contractantes.

Et qu'on le remarque bien, conclure ainsi n'est pas enlever l'effet à l'enregistrement, puisque l'on reconnaît que de l'enregistrement dépendent les droits de préférence et de suite.

68.—Maintenant que dire de l'hypothèque judiciaire qui nous occupe ?

Doit-on conclure aussi qu'entre les parties, c'est-à-dire, entre le créancier et le débiteur le jugement obtenu par le premier emporte hypothèque judiciaire sans enregistrement ? Nous ne trouvons aucun jugement rapporté qui puisse nous guider à ce sujet.

En effet, dans les deux jugements plus haut mentionnés, il s'agissait d'hypothèques conventionnelles et non judiciaires.

Cependant, dans ces jugements les juges ont parlé en termes généraux de l'hypothèque et nous ne croyons pas qu'ils voulaient borner leurs remarques aux seules hypothèques conventionnelles.

S'il y avait une distinction à faire ne semble-t-il pas qu'ils l'auraient au moins mentionnée ?

Nous avons vu qu'en France, l'on décide que la même doctrine s'applique à toutes les espèces d'hypothèques et qu'entre les parties l'hypothèque judiciaire existe et produit des effets sans inscription.(1)

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1439.

Quant à nous, nous ne voyons pas pourquoi l'on pourrait appliquer autrement l'article 2130 aux hypothèques judiciaires qu'aux autres.

Ce serait changer le sens et la portée de l'article 2034.

Et nous ne voyons pas pourquoi un créancier qui a un meilleur titre (un jugement) qu'un autre serait traité moins favorablement par la loi.

Nous concluons donc que les mots "sans effet" ont le même sens, qu'ils s'appliquent à des hypothèques judiciaires ou conventionnelles ou légales.

L'article 2034 dit formellement que l'hypothèque judiciaire résulte des jugements, et non pas des seuls jugements enregistrés, or si le créancier veut que son jugement vaille à l'encontre des tiers, il doit l'enregistrer, car autrement il serait "sans effet" (2130).

A première vue l'article 2121 peut sembler venir à l'encontre de cette interprétation.

C. C., Article 2121: "Les jugements et actes judiciaires des tribunaux n'acquièrent d'hypothèque par suite de leur enregistrement, qu'à compter de celui d'un avis spécifiant et désignant les immeubles du débiteur sur lesquels le créancier entend faire valoir son hypothèque".

L'on pourrait peut-être prétendre que cet article veut dire que les jugements ne portent hypothèque que lorsqu'ils sont enregistrés.

Mais, il nous semble qu'au contraire cet article confirme notre interprétation de la doctrine.

En effet, l'article dit "n'acquièrent d'hypothèque par suite de leur enregistrement" et non pas acquièrent hypothèque seulement par enregistrement.

C'est-à-dire que l'article a pour but de déterminer la manière qu'il faut s'y prendre pour enregistrer un jugement sur un immeuble, sur lequel le créancier entend exercer tous les droits que l'hypothèque lui confère.

La dernière partie de l'article dit "entend faire valoir son hypothèque". C'est donc admettre l'existence préalable de

cette hypothèque, qui est un droit plus ou moins stérile, tant qu'il n'a pas été enregistré.

La version anglaise confirme aussi notre manière de voir en disant "The judgments of our civil courts confer hypothecs when they are registered, from the date only" et non pas "only" when registered." Ce qui aurait été aussi facile à dire.

●.—Nous avons dit que la jurisprudence établissait le fait qu'une hypothèque conventionnelle non enregistrée valait entre les parties et nous en avons conclu, pour les raisons déjà énoncées, que l'hypothèque judiciaire aussi, quoique non enregistrée ou avant son enregistrement, avait une certaine valeur entre les parties.

Examinons donc maintenant quels sont ces effets que peut produire l'hypothèque judiciaire dans ces conditions.

D'abord, si l'hypothèque judiciaire non enregistrée produit certains effets entre les parties, elle produit évidemment les mêmes effets entre les héritiers ou légataires des parties universels ou à titre universel.

C'est là l'opinion du juge Gervais, que nous avons citée plus haut.

Ce n'est aussi qu'une conséquence qui découle des articles 735 et suivants et 875 et suivants.

Article 735 C. C.: "L'héritier venant seul à la succession en acquitte toutes les charges et dettes. Il en est de même du légataire universel".

Article 875 C. C.: "La manière dont le légataire, tant universel et à titre universel qu'à titre particulier, est tenu des dettes et hypothèques, se trouve exposée au titre des Successions". (Article 735).

Les articles 2054 et 2055 devront aussi s'appliquer à l'hypothèque judiciaire.

Article 2054 C. C.: "Le débiteur ni le tiers détenteur ne peuvent, cependant, dans la vue de frauder le créancier, détériorer l'immeuble grevé de privilèges et d'hypothèques, en détruisant ou endommageant, enlevant ou vendant la totalité ou partie des bâtisses, des clôtures et des bois qui s'y trouvent".

Autrefois, la sanction de cet article était le *capias*; aujourd'hui, en vertu de l'article 833 C. P., c'est la contrainte par corps.

En effet, cet article se lit en partie comme suit:

Article 833 C. P.: "Les personnes contraignables par corps sont. . . . 4°. Toute personne sous le coup d'un jugement accordant des dommages en vertu des articles 2054 et 2055 du Code civil, pour une somme de \$50.00".

L'article 2055 C. C. se lit comme suit: "Dans le cas de telles détériorations, le créancier qui a privilège ou hypothèque sur l'immeuble peut poursuivre ce débiteur, lors même que la créance ne serait pas encore exigible et recouvrer de lui personnellement des dommages résultant de ces détériorations jusqu'à concurrence de sa créance et au même titre de privilège ou d'hypothèque: mais le montant qu'il en perçoit est imputé sur et en déduction de sa créance."

Nous croyons donc que le débiteur qui a un jugement non enregistré rendu contre lui est sujet à se voir appliquer ces articles dans toute leur rigueur.

Ainsi par exemple, si un créancier, après avoir obtenu jugement contre son débiteur, lui avait accordé un certain délai pour acquitter son obligation, et si ce débiteur détériorait un immeuble à lui appartenant, le créancier aurait le droit de procéder contre lui, en vertu de, et conformément à, ces trois articles.

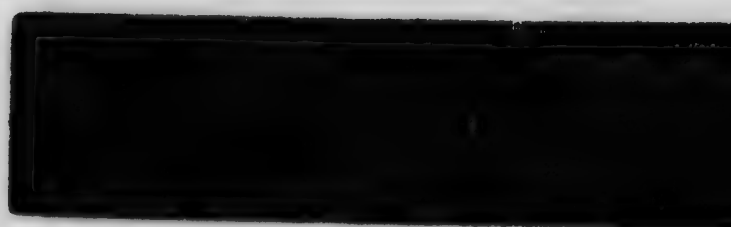
Nous l'avons dit, la doctrine française sur ce point est semblable à la nôtre.

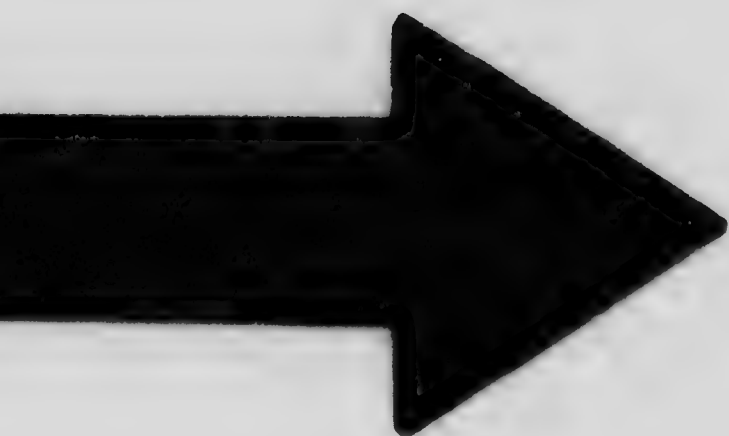
MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes(1) citent plusieurs conséquences du droit que nous étudions:

"Ainsi le débiteur et ses successeurs universels ou à titre universel, ne peuvent pas invoquer les vices ou les irrégularités d'une inscription et en demander la radiation pour ce motif. Leur demande serait d'ailleurs sans intérêt; car après la radiation, le créancier aurait toujours le droit de requérir une nouvelle inscription.

"Ainsi encore, le débiteur et ses successeurs universels et à titre universel ne peuvent pas se prévaloir du défaut de renou-

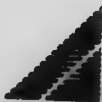
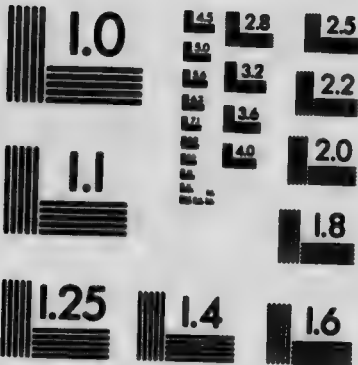
(1) Volume 2, 1439.





MICROCOPY RESOLUTION TEST CHART

(ANSI and ISO TEST CHART No. 2)



APPLIED IMAGE Inc

1653 East Main Street
Rochester, New York 14609 USA
(716) 482 - 0300 - Phone
(716) 288 - 9000 - Fax

vement de l'inscription. Si, par exemple, le constituant avait aliéné l'immeuble hypothéqué et obtenu de l'acquéreur la constitution d'une hypothèque à son profit, il ne serait pas admis à exciper de l'irrégularité ou du défaut de renouvellement des inscriptions des hypothèques par lui constituées sur le même immeuble pour exercer son hypothèque au préjudice de ses propres créanciers hypothécaires.

"Ainsi, enfin, le créancier qui n'a pas fait inscrire son hypothèque n'en a pas moins le droit, après le décès de son débiteur, de poursuivre pour le tout par l'action hypothécaire celui des héritiers au lot duquel a été placé dans le partage l'immeuble hypothéqué ou l'un des immeubles hypothéqués."(1)

Les principes énoncés par MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes auraient également leur application chez nous "*mutatis mutandis*".

Ainsi dans notre droit, le renouvellement des enregistrements n'est pas exigé, et il n'y aurait en conséquence évidemment pas lieu d'appliquer la doctrine qu'ils énoncent chez nous à ce sujet.

Dans la cause de Gauthier et Michaud, il s'agissait d'une hypothèque conventionnelle, mais, par analogie et en vertu des principes plus haut énoncés, il semble que le jugement aurait dû être le même si le demandeur avait obtenu jugement contre le défendeur lui ordonnant de lui payer par termes le même montant.

70.—Certains privilèges et hypothèques sont exempts de la formalité de l'enregistrement.

Vide l'article 2084 C. C.

C'est dire que ces privilèges produisent tous leurs effets envers et contre tous sans être soumis à la publicité.

S'il devient nécessaire ou intéressant pour le créancier de prendre jugement contre le débiteur d'une dette ainsi garantie par un privilège ou une hypothèque de ce genre, ce jugement qui comportera hypothèque judiciaire, doit-il être enregistré pour valoir ce que de droit ?

La réponse s'impose. Soutenir l'affirmative serait précisément enlever à ces créances un avantage qu'elles avaient avant

(1) Thésard, 137; 3 Aubry et Rau, p. 484.

le jugement: ce qui serait loin d'être conforme au but du législateur qui regarde ces créances d'un œil favorable.

Il faut donc dire que dans ces cas, le jugement, sans qu'il soit enregistré emporte hypothèque pour le capital, l'intérêt et les frais.

C'est notre jurisprudence(1).

Vide The School Commissioners for the Municipality of Westmount v. Pitts et vir.(2)

Voici comment s'exprimait, pour partie, dans le jugement qu'il a rendu dans cette dernière cause, le juge Davidson:

"The general rule is that judgments only create hypothecs when registered against particular immoveables. C.C., 2020, 2034, 2121. But if under some specific provision of the law, a hypothec exists without registration, a judgment upon the debt does not need to be registered to preserve the hypothec. Nor does sale purge the property. The buyer must look out for the hypothec, which also covers interest and the costs of a personal judgment against the debtor, such interest and costs being accessories of the debt."

Et dans les considérants de ce jugement, le magistrat dit: "Considering that school rates are privileged upon immoveables and are exempt from the formality of registration;

"Considering that the existence of the unregistered hypothec is not affected by the sale of the property to a third person, etc."

71. - Il va de soi que l'enregistrement, pour faire produire ses fruits à l'hypothèque doit être légal et effectif.

C'est ce qui a été décidé dans une cause de Hudon et Desroches.(3)

72.—Il est évident qu'avant d'enregistrer un jugement il est de toute importance de s'assurer qu'on a bien le droit de le faire: parce que la demande en radiation, en outre des frais considérables qu'elle peut entraîner, peut être accompagnée d'une demande de dommages qui réussira au cas où la preuve en comportera; si, par exemple, le fait de cet enregistrement

(1) Charest et Stanstead Insurance Company, 12 Q. L. R. Q. B., 254.

(2) 24 C. S., 7.

(3) 1 R. de J., 118.

avait empêché le propriétaire d'emprunter ou de vendre, ou avait ruiné ou compromis son crédit ou enfin avait causé un tort quelconque à ses affaires.(1)

CHAPITRE VI

L'ENREGISTREMENT.—(Suite)

SOMMAIRE. 73—Mode et formalités. 74—Énonciations et procédure. 75—Conséquences de l'inobservation des formalités ou de l'omission d'une énonciation. 76—Qui peut enregistrer. 77—Le capable et l'incapable. 78—Le mandataire. 79—Un intéressé. 80—Le créancier. 81—Le procureur distrayant. 82—Un *negotiorum gestor*. 83—Jurisprudence. 84—Opinions des auteurs. 85—Conclusion. 86—Quand peut-on enregistrer un jugement. 87—Jurisprudence. 88—Jugement maintenu. 89—Modifié. 90—Renversé. 91—Nouvel appel. 92—Opposition à un jugement. 93—Requête en revision. 94—Requête civile. 95—Conclusion. 96—Doctrines française. 97—Responsabilité du procureur. 98—Où enregistrer une hypothèque judiciaire.

73.—Un jugement peut être enregistré soit par transcription, soit par inscription ou bordereau; la lecture des articles 2131, 2132 et 2139 le fait voir.

En effet, ces deux premiers articles autorisent la transcription de tout document en général, ce qui comprendra les jugements. Et le dernier article, qui déclare ce qu'un bordereau doit contenir, autorise spécialement ce mode d'enregistrement pour les jugements, puisqu'il indique ce que le bordereau d'un jugement doit contenir.

En pratique, cependant, croyons-nous, les jugements sont d'ordinaire enregistrés par transcription.

Dans les deux cas, le jugement présenté pour enregistrement devra être accompagné de l'avis mentionné à l'article 2121.

Cet avis peut être donné, en vertu de l'article 2147a, soit par acte notarié, en minute ou en brevet, soit par acte sous seing privé.

Si l'enregistrement se fait par bordereau, ce document devra se conformer aux prescriptions de l'article 2140.

(1) Dagnault et Demers, 26 L. C. J., 126.

74. L'article 2139, bien qu'il ne traite que de l'enregistrement par bordereau, indique réellement tout ce que doit contenir un jugement dont on requiert l'enregistrement.

La lecture de cet article ainsi que des articles suivants, montre combien la loi prend de précautions afin qu'il n'y ait pas d'erreur dans l'enregistrement, soit des jugements soit des autres titres.

Le législateur s'est montré très exigeant au sujet de la description des parties, du titre, des droits mentionnés, et même par rapport aux formalités à accomplir. Le but même qu'il se propose lui imposait d'ailleurs cette conduite.

En effet, ce qu'il recherche, c'est la publicité pour la protection des tiers, et, pour atteindre ce but, il fallait de toute nécessité que ces tiers puissent avoir tous les renseignements suffisants au bureau d'enregistrement.

Une autre raison pour laquelle l'enregistrement est entouré d'autant de formalités est sans doute pour permettre aux registrateurs, dont on connaît la grande responsabilité en ces matières, de se protéger eux-mêmes contre les erreurs et les fraudes.

La procédure à suivre pour obtenir l'enregistrement d'un jugement est de toute simplicité. Il suffit de se procurer une copie du jugement dûment certifiée, d'y faire apposer un certificat de frais, de préparer ensuite l'avis de l'article 2121, et de présenter ces deux documents au registrateur, qui gardera l'avis et remettra la copie du jugement, après avoir fait les entrées requises par la loi; si l'enregistrement se fait par bordereau, le bordereau et l'avis peuvent ne former qu'un seul et même document qui alors restera entre les mains du registrateur.

75.—Le code après avoir fixé d'une manière apparemment péremptoire la procédure à suivre pour enregistrer un jugement, après avoir indiqué aussi un certain nombre de formalités exigées, ne détermine pas la sanction qu'il désire imposer au cas où cette procédure n'est pas suivie ou au cas où ces formalités ne sont pas accomplies.

Devons-nous conclure que l'enregistrement sera nul dans tous les cas?

Il nous semble que la réponse à cette question doit être négative. Nous croyons, en effet, voir l'intention du législateur à ce sujet dans l'article 2132, deuxième alinéa :

“L'erreur d'omission ou de commission dans la transcription d'un document ou dans le document présenté pour enregistrement ne peut affecter la validité de cet enregistrement que si elle tombe sur quelque disposition essentielle qui doit être consignée dans un bordereau ou dans un certificat du registrateur.”

L'enregistrement, d'après nous, alors ne serait nul que si l'erreur porte sur quelque énonciation substantielle, qui aura pour effet d'empêcher le tiers d'avoir la connaissance du droit qu'il était important pour lui d'avoir et qu'il avait le droit même d'avoir.

D'un autre côté, s'il s'agit simplement de l'omission d'une formalité ou d'une énonciation d'importance secondaire, cette omission n'affectera pas la validité de l'enregistrement, parce que le tiers n'est pas privé de la faculté de connaître la charge dont l'immeuble est grevé.

Ces principes nous paraissent conformes et à notre jurisprudence(1) et à l'opinion des auteurs.(2)

76.—Qui peut enregistrer un jugement ? Il est assez étrange que notre code ne réponde ni directement ni formellement à cette question. Et c'est probablement pour cette raison qu'elle a été souvent discutée devant les tribunaux qui ont eu à se prononcer à différentes reprises pour dire quel était notre droit.

L'on peut ajouter immédiatement que l'intention du code d'obliger à l'enregistrement et d'en étendre les effets autant que possible apparaît à la lecture de l'article 2036 C. C. : “Le défaut d'enregistrement peut être opposé même à l'encontre des mineurs, des interdits, des femmes sous puissance de mari et de la Couronne”.

(1) Boisvert v. Johnson, M. L. R., 3 C. S., 182; The Watson Manufacturing Company v. Séguin, 18 R. L., 677; Morin v. Brodeur et al. et Authier, 9 C. S., 352; Girard v. Lachance, 21 C. S., 103.

(2) 6 Langelier, 390; 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1689; Thézard, 145.

Cet article fait ressortir le fait que le code désire la publicité des droits soumis à l'enregistrement et aidera à expliquer la faculté et la facilité qu'il donne pour enregistrer tous droits, y compris les jugements.

C'est à la lumière de cette disposition d'esprit du législateur, nous semble-t-il, qu'il faut interpréter son intention.

77.—Il n'a jamais fait de doute pour personne que celui qui a obtenu le jugement et qui est capable légalement peut en requérir l'enregistrement; en effet qui pourrait le faire ou aurait droit de le faire sinon celui à qui le droit profite ?

Il est d'ailleurs évident que c'est là l'intention du code. Ceci ressort de la lecture de l'article 2087 du C. C., qui se lit comme suit: "L'enregistrement peut être requis par le mineur, l'interdit, ou la femme mariée, eux-mêmes, ou par toute personne quelconque pour eux".

Ainsi il est clair que, si l'incapable peut requérir l'enregistrement, celui qui est en possession et a l'exercice de ses droits le peut *a fortiori*.

Nous croyons même qu'un incapable pourrait faire enregistrer un jugement obtenu par un autre, attendu que ce n'est pas, comme le dit sir François Langelier,⁽¹⁾ un acte juridique, mais une simple formalité.

78.—Il n'a jamais été mis en doute non plus, que nous sachions, que le mandataire de celui qui a obtenu jugement peut aussi requérir cet enregistrement. En effet, qu'est-ce qui pourrait empêcher un mandataire de ce faire vu le manque de toute législation prohibitive, et puisque l'enregistrement d'un jugement est une affaire licite (V. art. 1701 C. C.) et puisque le mandataire peut aliéner ou hypothéquer (V. art. 1703 C. C.).

Il n'est guère intéressant de discuter quelle doit être la nature du mandat de celui qui enregistre, puisque nous en venons, un peu plus loin, à la conclusion qu'il n'est pas même nécessaire d'avoir un mandat du tout.

79.—Il faut conclure aussi que toutes personnes dont les droits pourraient être affectés par ce jugement auraient également le droit de le faire enregistrer vu que l'article 2093 C. C.

(1) 6 Langelier, 328.

décète: "L'enregistrement a effet en faveur de toutes les parties dont les droits sont mentionnés dans le document présenté".

80.—Un créancier du créancier qui a obtenu jugement pourrait-il enregistrer ce jugement ?

Nous croyons que l'affirmative s'impose, en vertu de l'article 1031 C. C., qui se lit comme suit: "Les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne, lorsque, à leur préjudice, il refuse ou néglige de le faire".

C'est là un droit important pour le créancier qui, en cas d'absence, par exemple, de son propre débiteur, pourrait recourir à ce moyen pour se protéger.

81.—Le procureur distrayant, qui d'ordinaire fait les enregistrements, y est autorisé et par l'art. 2093 que nous avons vu, attendu qu'il est une personne intéressée, et par l'usage constant en cette province.

82.—Un tiers quelconque agissant sans mandat, purement et simplement comme "*negotiorum gestor*", peut-il enregistrer un jugement ?

Ainsi, un ami sait qu'une personne a jugement qu'il n'a jamais pu exécuter contre un autre individu; celui qui a le jugement est absent temporairement du pays; pendant cette absence, à un titre quelconque, le débiteur vient en possession à titre de propriétaire d'un immeuble, cet ami peut-il enregistrer le jugement sur cette propriété qui ne sera entre les mains du débiteur que pendant quelques jours possiblement ?

Il nous semble que oui: il s'agit là pour lui d'un quasi-contrat reconnu dans notre droit; il fait un acte parfaitement licite et le créancier devra lui rembourser ses dépenses, même au cas, croyons-nous, où il déciderait de donner main-levée de cette hypothèque. Il appert, cependant, que bien que le créancier ait le droit de profiter ou non de cet acte du "*negotiorum gestor*", le débiteur ne peut s'y objecter et ne pourrait demander la radiation de cette hypothèque.

Il semble aussi que le "*negotiorum gestor*" fait cet enregistrement à ses risques et périls et pourrait être susceptible de

dommages-intérêts pour le cas où il en causerait. Ce qui pourrait arriver dans le cas où le créancier se serait engagé à ne pas enregistrer son jugement contre l'immeuble et que, par cet enregistrement fait par le "*negotiorum gestor*", ce dernier aurait fait manquer une vente avantageuse au débiteur. A tout événement, le débiteur agissant sans le concours du créancier et sans convention spéciale avec lui ne pourrait se plaindre de cet enregistrement.

83.—Nous avons dans nos rapports judiciaires un jugement intéressant du juge Casault sur cette matière.

C'est un jugement de la Cour de Revision, renversant celui de la Cour Supérieure dans une cause de Leclerc v. Martin.(1) Le savant magistrat, au nom de la Cour, fit l'argument suivant: "Leur première objection est que l'avis requis, par l'article 2121 du Code civil, pour que les jugements portent hypothèque sur les immeubles du débiteur y spécifiés, ayant été donné, sans mandat spécial, par les procureurs de la demanderesse dans l'instance où elle a obtenu jugement contre le garant, l'a été par qui n'avait pas le droit de le donner, que, par là même, il est nul et qu'elle n'a pas, pour cette raison, l'hypothèque qu'elle réclame.

"Je ne crois pas que l'enregistrement d'un jugement en soit l'exécution, comme l'a dit le tribunal en première instance et le fut-il, le mandat du procureur *ad litem* est terminé par le jugement définitif, et il lui faut un nouveau mandat, qui se présume, il est vrai, pour l'exécuter. . . . La jurisprudence uniforme de la province est, au contraire, que le mandat du procureur finit avec le jugement définitif.

"On ne niera pas que, ici, l'inscription peut être prise, pour le créancier par une personne autorisée, qui, par là même, peut signer l'avis au régistrateur.

"La formule donnée par le code de procédure, n° 24, indique que l'avis est supposé y être donné par un mandataire. Et, si cet avis peut être donné par un mandataire, pourquoi ne pourrait-il pas l'être par un *negotiorum gestor*? qui, s'il a pris une

(1) 17 Q. L. R. 177.

inscription qui soit dans l'intérêt du créancier, doit non seulement être approuvé, mais même être remboursé de ses dépenses nécessaires, ou même de celles qui n'étaient que simplement utiles (C. C. 1046)."

Et après avoir cité l'article 2147b, le savant magistrat continue et note les facilités y accordées. "En doit-on conclure qu'elle (la loi) le prohibe pour les avis requis pour l'acquisition d'hypothèque judiciaire? Peut-on trouver dans cette faculté que donne la loi pour trois cas particuliers, dont deux de même nature, la prohibition de faire donner ces avis par une personne non autorisée, dans un autre tout aussi favorable? Je ne le crois pas. Et la pratique, quand j'étais au barreau et depuis, a toujours été, pour les procureurs, de donner au registrateur l'avis voulu pour que le jugement portât hypothèque sur les biens du défendeur.

"Mais du reste l'objection prise à ce sujet quelque puisse être sa valeur intrinsèque, n'en a aucune dans le cas présent. Car les procureurs de la demanderesse avaient obtenu distraction de dépens; et l'enregistrement des jugements, avec l'accomplissement des formalités mentionnées à l'article 2121 du Code civil, emportant également hypothèque pour le capital, les intérêts et les frais sans même que ceux-ci soient liquidés (C. C. 2034), et ils l'avaient été dans le cas qui nous occupe, l'avis donné par les procureurs distrayants l'a été par une partie intéressée; et aux termes de l'article 2093 C. C., l'enregistrement ayant son effet en faveur de toutes les parties dont les droits sont mentionnés dans le document enregistré, il l'est en faveur de la demanderesse qui a, sur la propriété du défendeur, une hypothèque pour le montant de son jugement et des intérêts sur icelui."

Ce jugement fait jurisprudence dans notre province et confirme notre théorie en cette matière.

84.—En France, le droit est semblable au nôtre. Mais les auteurs ont pour appui et base de leur opinion l'article 2148 du Code Napoléon, qui se lit, pour partie, comme suit: "2148 Cod. Napoléon—Pour opérer l'inscription, le créancier représente, soit par lui-même, soit par un tiers au conservateur des

hypothèques, l'original, en brevet ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque".

Théizard, dit(1): "Par qui la réquisition doit-elle être faite? Le créancier a lui-même tout d'abord le droit de la faire, et cela quand même il serait incapable; le mineur, la femme mariée non autorisée de son mari sont formellement admis par la loi à requérir l'inscription de leur hypothèque légale et la solution doit être généralisée.—L'inscription peut de plus être prise par tout mandataire conventionnel ou représentant légal du créancier, ou par ses propres créanciers, agissant en vertu de l'article 1166. En cette matière, il n'est même pas nécessaire que l'existence du mandat soit justifiée par un écrit spécial; le mandat est suffisamment prouvé par ce fait seul que le requérant est porteur du titre, et le conservateur ne saurait refuser d'opérer l'inscription à défaut de production du mandat, fût-il même établi que le requérant n'avait aucun mandat, mais agissait comme simple *negotiorum gestor*, l'inscription prise n'en serait pas moins utile".

En France, comme chez nous, le but que le législateur cherche à atteindre est la publicité des charges qui pèsent sur un immeuble, peu lui importe en général la personnalité de celui qui en requiert l'enregistrement(2).

Sir François Langelier(3) soutient également cette opinion à l'effet que, peu importe celui qui requiert l'enregistrement, le registrateur est tenu d'agir.

55.—La conséquence de tout ceci c'est qu'il est assez difficile d'imaginer un cas où l'enregistrement d'un jugement serait nul à cause de la personnalité de la personne qui a requis l'enregistrement.

Car encore une fois, il convient de se rappeler que l'enregistrement ne crée des droits, mais les conserve simplement.

(1) N° 141.

(2) 2 Baudry-Lacretie et de Loynes, 1616 et seq.; 3 Aubry et Rau, 270.

(3) 6 Langelier, art. 2087.

Nous avons examiné plus haut quel peut être l'effet de l'omission, de la part de celui qui requiert l'enregistrement, de certaines formalités prescrites par le code.

86.—Quand peut-on enregistrer un jugement ? C'est encore là une question à laquelle le code civil ne répond pas directement et dont il faut en conséquence chercher la solution à la lumière des principes généraux du droit et dans la nature de l'hypothèque judiciaire.

Il est clair que la date de l'enregistrement de l'hypothèque judiciaire peut avoir une grande importance au point de vue de ses effets dans le cas d'insolvabilité du débiteur, ou encore au cas d'aliénation de l'immeuble.

Nous le savons, l'hypothèque résulte du jugement et prend naissance en même temps et il s'agit de savoir si un jugement peut être enregistré immédiatement après qu'il est rendu de manière à donner plein effet à l'hypothèque judiciaire sur l'immeuble du débiteur, ou, au contraire, s'il faut observer certains délais.

Ceux qui optent pour la seconde manière de voir citent les articles 612 C. P., et 1160 C. P.

Article 612 C. P.: "Un jugement portant condamnation au paiement d'une somme de deniers ne peut être exécuté avant l'expiration de quinze jours à compter de sa date".

Cet article affecte les jugements rendus dans les matières ordinaires.

Article 1160 C. P. (qui regarde les matières sommaires): "il est exécutoire huit jours après qu'il a été prononcé".

Et leur raisonnement est que l'enregistrement d'un jugement en est une exécution, et qu'en conséquence un jugement ne peut être enregistré légalement avant qu'il ne devienne exécutoire par l'expiration des délais ci-dessus.

En partant de cette base, ils en viennent naturellement à la conclusion que toute cause qui suspend l'exécution du jugement retarde ainsi et d'autant le jour où il peut être enregistré. Ainsi l'appel ou la revision auraient cet effet, et le jugement ne pourrait être enregistré qu'après la décision finale dans le cas d'appel ou de revision.

Ils alléguent que le créancier, exerçant un droit qui lui est acquis par le jugement et qu'il n'avait pas avant, se trouve par le fait même à donner force et effet au jugement, ce qui est l'exécution.

Cependant, c'est l'opinion contraire qui a prévalu dans notre droit, bien que des jugements ont été rendus à l'appui de la première hypothèse.

Si l'enregistrement est une exécution, il est évident que leur argument est juste, et que le jugement ne pourrait être enregistré avant le temps venu pour l'exécution.

Mais, en notre droit, aujourd'hui, on considère l'enregistrement d'un jugement comme un simple acte conservatoire de la part du créancier pour protéger ses droits conférés par le jugement, et non pas comme une exécution.

En conséquence, on n'exige pas que le créancier attende l'expiration des délais d'exécution ou d'appel pour l'enregistrement.

L'hypothèque judiciaire prend naissance et est créée aussitôt que le jugement est rendu et celui qui l'a obtenu peut l'enregistrer dès ce moment.

87.—Notre jurisprudence est en ce sens, d'ailleurs.

Le juge Casault, en 1891, dans la cause de Leclerc et Martin (1), rapportée plus haut, parlant au nom de la Cour de Revision, dit: "Je ne crois pas que l'enregistrement d'un jugement en soit l'exécution, comme l'a dit le tribunal de première instance".

En 1896, la Cour de Revision, siégeant à Montréal, dans une cause de Tabb v. Beckett(2), s'exprima ainsi:

"As to the registration of the judgment, the Court considered that this was a mere conservatory act, and even if it had been done by the defendant herself instead of by her attorneys in the suit, it would not have been an acquiescence in the judgment".

Un jugement intéressant et portant directement sur la question d'enregistrement d'un jugement soumis à l'appel a

(1) 17 Q. L. R., 177.

(2) 9 C. S., 159.

été rendu, en 1894, par le juge Pagnuelo, dans une cause de Roy et Ouimet(1), dans les termes suivants:

“Attendu que le demandeur demande la radiation de l'enregistrement produit par le défendeur, le 13 mars 1894, d'un jugement obtenu en Cour Supérieure, le 6 mars susdit, alléguant que ce jugement n'était pas exécutoire et que le 13 mars, le dit demandeur a inscrit le jugement en revision;

“Considérant que l'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires ou par défaut rendus par les tribunaux du Bas-Canada, sans distinguer s'ils sont exécutoires ou non (art. 2034 C. C.); que l'inscription en revision comme l'appel ne font que suspendre l'exécution du jugement (art. 499 C. P. C.), et que la confirmation par la Cour Supérieure en revision a l'effet de maintenir le jugement rendu en premier lieu quant à la sentence elle-même, quoique le délai pour exécuter ou appeler, lorsque l'appel est permis, ne court que du jour que la sentence en revision a été reçue par la proto-notaire (art. 502, C. P. C.); que le jugement qui prononce l'annulation, l'extinction ou la résolution d'un droit enregistré ne peut cependant être enregistré s'il n'est accompagné d'un certificat constatant que les délais pour appeler sont expirés, sans qu'il y ait eu appel de ce jugement (art. 2153 C. C.); qu'aucune disposition de ce genre n'existe pour l'enregistrement d'un titre créant hypothèque judiciaire; que la raison de cette différence est qu'un droit acquis ne peut être détruit que par un jugement passé en force de chose jugée, tandis qu'un droit conditionnel comme un jugement soumis à l'appel peut être conservé par l'enregistrement et qu'un tel jugement forme un titre suffisant pour constituer une hypothèque judiciaire sous la condition d'appel”.

Ce dernier jugement, dont le raisonnement est si limpide, exprime, il nous semble, d'une manière parfaite la théorie de notre droit en cette matière.

C'est aussi à la lumière d'icelui que nous examinerons les différents cas qui peuvent se présenter.

(1) 6 C. S., 413.

88.—Ce jugement, en une cour d'appel, peut être maintenu, renversé ou modifié, ou encore, un nouvel appel à un tribunal plus élevé peut être pris, si permis. Quel sera le sort de l'hypothèque judiciaire dans ces différentes hypothèses ?

Si le premier jugement est maintenu, il n'y a aucune difficulté, le jugement qui a produit l'hypothèque judiciaire est confirmé et l'existence de l'hypothèque judiciaire n'est pas interrompue naturellement. De plus, il faut décider que l'hypothèque judiciaire datera du premier jugement et non pas du second, puisque c'est le premier qui lui a donné naissance.

89.—Supposons maintenant que le jugement est modifié, c'est-à-dire, que le montant est diminué ou augmenté, car il faut qu'il s'agisse d'une condamnation en deniers pour emporter hypothèque judiciaire; en appliquant la même théorie, nous en viendrons à la conclusion que, si le montant de la condamnation est réduit, l'hypothèque devra être réduite d'autant, mais subsistera pour la balance, et que, si au contraire la condamnation est rendue plus forte, le créancier devra enregistrer son nouveau jugement pour obtenir hypothèque pour la balance ou le surplus au-delà du premier jugement.

Le montant de la condamnation peut, en effet, être augmenté dans les cas où le demandeur en appelle du jugement lui accordant un montant moindre que celui demandé.

Ainsi, nous pouvons dire qu'un demandeur qui aurait obtenu jugement pour un montant de \$500 alors qu'il demandait \$1,000, pourrait faire enregistrer son jugement, sans pour cela acquiescer au jugement et sans se priver par cela de son droit d'en appeler.

Cette conclusion se tire, croyons-nous, du jugement de la Cour de Revision, dans la cause de Tabb v. Beckett, citée plus haut. En effet, le créancier ne cherche, par cet acte conservatoire, qu'à protéger un droit, qui lui est accordé par le premier jugement, sans pour cela abandonner son droit de l'attaquer quant au surplus devant une autre cour.

90.—En troisième lieu, si le jugement est renversé, il est clair que l'hypothèque devra être radiée, et, étant un effet,

disparaîtra naturellement avec l'anéantissement de la cause qui lui a donné le jour.

91.—Si l'on suppose le cas où le jugement rendu en appel est lui-même susceptible d'appel à la Cour Suprême, par exemple, quel sera le sort de l'hypothèque judiciaire au cas où le jugement de la Cour Supérieure aura été renversé en appel pour être rétabli en Cour Suprême?

Nous croyons que le jugement en la Cour d'Appel aura éteint l'hypothèque judiciaire, l'aura anéantie complètement et que le jugement de la Cour Suprême ne saurait la faire revivre, mais en créera une autre dont le créancier pourra se prévaloir, s'il le juge à propos.

Nous n'avons pas trouvé de jurisprudence directement sur ce point, mais nous croyons pouvoir y assimiler le jugement dans la cause de Guertin v. Molleur(1)(citée plus haut), dans laquelle il fut décidé qu'une caution judiciaire qui avait cautionné un appel, et alors que le jugement avait été renversé en appel, était libérée, bien que le premier jugement eut été rétabli en Cour Suprême.

92.—Dans le cas où le débiteur fait une opposition à un jugement, nous croyons également que le créancier qui a obtenu le jugement peut le faire enregistrer, soit avant ou après cette procédure du défendeur, et cela malgré l'article 1173 C. P., qui dit que: "L'opposition fait partie de la procédure dans la poursuite originaire et est une défense à l'action".

Et cela parce que, toujours en vertu du même principe, le jugement existe en faveur de celui qui l'a obtenu et il est autorisé à conserver ses droits acquis au moyen de l'enregistrement. C'est tellement le cas, que, si le défendeur se désistait de son opposition, le demandeur n'aurait aucune nouvelle procédure à faire pour obtenir jugement, si ce n'est prendre acte dudit désistement.

Le seul effet de l'opposition, du moment qu'elle est reçue et signifiée, est de suspendre l'exécution du jugement, qu'elle n'affecte pas autrement.

(1) 19 C. S., 571.

93.—La requête en revision peut être assimilée en tous points, quant aux effets d'icelle, à l'opposition à jugement.

94.—Quant à la requête civile, elle n'affecte pas non plus l'enregistrement du jugement, et cela ressort encore plus clairement puisqu'elle n'empêche l'exécution même du jugement déjà obtenu que sur un ordre de sursis donné par le juge.

95.—Dans le cas d'appel ou de revision, nous disons que le jugement peut être enregistré soit avant ou après l'appel pris, parce que l'appel ou la revision n'ont rien à faire avec l'existence du premier jugement qui, une fois rendu, emportera hypothèque judiciaire jusqu'à ce qu'il soit renversé.

Ce droit du créancier d'enregistrer son jugement aussitôt qu'il l'a obtenu et la subsistance ou survivance de l'hypothèque judiciaire malgré toute procédure faite par le défendeur à l'encontre d'icelui, soit par voie d'appel ou autrement, sont d'une importance primordiale pour ce créancier, qui, dans bien des cas, bien qu'il n'ait pas encore le droit d'exécuter son jugement, y trouve un moyen facile et sûr de s'assurer la faculté d'exécution lorsque ce jugement aura subi victorieusement l'épreuve de l'appel.

Car, qu'on ne l'oublie pas, le débiteur qui est condamné aujourd'hui peut bien demain aliéner son immeuble, et faire disparaître ce gage de son créancier; et la vente sera valide pourvu qu'elle soit faite sans intention de fraude de sa part, et même si le débiteur avait cette intention, si l'acquéreur est de bonne foi, le contrat est légal (art. 1038). L'on dira peut-être que le créancier a le recours du *capias* ou autre mesure provisionnelle, mais n'est-ce pas mille fois plus simple et plus avantageux pour lui d'avoir simplement à faire enregistrer son jugement plutôt que de courir le risque d'entreprendre des procédures longues, difficiles et coûteuses pour en arriver souvent à un résultat négatif? Tandis que l'enregistrement du jugement lui conserve le même recours qu'il a dans le moment.

Il est évident que l'enregistrement d'une hypothèque judiciaire en vertu d'un jugement en appel ou contre lequel le défendeur s'est pourvu n'empêcherait pas l'aliénation de l'immeuble en question, mais cet acte ne pourrait non plus nuire

au créancier qui, une fois que son jugement serait confirmé, suivrait ledit immeuble tout comme il aurait pu le suivre, s'il s'était agi d'une hypothèque judiciaire ordinaire.

Du sort du jugement dépend le sort de l'hypothèque judiciaire; si le jugement est renversé, l'hypothèque judiciaire aura cessé d'exister; et elle disparaîtra au moyen de la radiation, procédure que nous étudierons dans un chapitre spécial.

96.— Dans cette matière, l'opinion des auteurs français est d'autant plus importante qu'en France, comme ici, il n'y a aucun texte qui précise le droit d'inscrire un jugement quant au temps, et, en conséquence, ces auteurs déduisent le droit des principes généraux et de la nature du droit hypothécaire.

"L'hypothèque(1) peut être inscrite immédiatement après sa naissance; elle ne peut être inscrite auparavant; on ne conserve pas ce qui n'existe pas encore. Nous avons vu à quel moment l'hypothèque judiciaire prend naissance; nous avons par ce'a même déterminé l'époque à partir de laquelle elle peut être inscrite. Nous déciderons en conséquence que l'hypothèque judiciaire peut être inscrite immédiatement après la prononciation du jugement, sans qu'il soit besoin de le faire signifier au préalable, ou d'attendre l'expiration du délai pendant lequel l'exécution n'en peut être poursuivie, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les jugements en premier ressort et en dernier ressort. L'opposition formée contre le jugement par défaut, l'appel interjeté contre un jugement contradictoire n'empêchent même pas de prendre inscription. Seulement l'efficacité de l'hypothèque est alors subordonnée au résultat de l'opposition ou de l'appel. Ces solutions se justifient sans peine: l'inscription n'est qu'une mesure conservatoire; elle ne constitue pas un acte d'exécution et elle est indispensable pour sauvegarder les droits du créancier".

"Mais(2) il est évident que le sort de l'hypothèque et de l'inscription est lié à celui du jugement dont elle est un des effets. Si ce jugement était ensuite retracté, réformé, annulé ou cassé, ou s'il s'agissait d'un jugement par défaut atteint

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1547.

(2) Voir les mêmes auteurs, 1240.

par la péremption, l'hypothèque serait anéantie avec sa cause et la radiation de l'inscription devrait être ordonnée. L'hypothèque ne sera définitivement acquise que lorsque le jugement aura d'une manière irrévocable l'autorité de la chose jugée.

"Nous avons ainsi la solution d'une difficulté qui peut se produire. Un jugement de condamnation est cassé par la Cour de Cassation; l'hypothèque judiciaire avait été inscrite; l'affaire est renvoyée devant un autre tribunal, qui statue comme le premier. L'hypothèque judiciaire datera-t-elle de l'inscription prise en vertu du premier jugement ou seulement de la nouvelle inscription prise en vertu du second? C'est à cette dernière solution qu'il faut s'en tenir. En effet, le premier jugement a été cassé, donc mis à néant et avec lui l'hypothèque qu'il avait produite"(1).

En France, cependant, il faut faire une réserve; car il est évident qu'une hypothèque ne peut être inscrite en vertu d'un jugement de reconnaissance de signature, quand la créance est à terme, avant l'échéance(2).

97.—L'avocat, qui au nom de son client enregistre un jugement, n'encourt aucune responsabilité civile personnelle.

Et c'est juste; le procureur ne peut être tenu plus responsable que pour la signature d'une procédure judiciaire quelconque.

Nous ne prétendons pas que l'avocat ne sera pas responsable de sa fraude, de son dol etc., ni même de sa négligence, faute, etc., envers le débiteur ou envers celui sur la propriété duquel il a enregistré un jugement, mais nous disons que l'avocat, qui enregistre, le fait au nom de son client et sur mandat de son client évidemment, et ne saurait être tenu responsable au même titre que son client pour dommages résultant d'un enregistrement illégal.

Légalement, ce n'est pas l'avocat qui agit, mais bien le client par l'entremise de son avocat. Une action en radiation, dirigée contre l'avocat, serait renvoyée(3).

98.—Nous le savons, l'hypothèque judiciaire doit être enregistrée, or, attendu que le code n'indique spécialement

(1) *Vide* aussi 3 Aubry & Rau, 272.

(2) Voir mêmes auteurs, aux mêmes endroits.

(3) Seymour v. Seymour et al., 21 R. L., 39.

aucun endroit où cet enregistrement doit se faire, il faudra suivre la règle générale édictée dans l'article 2092 C. C. pour l'enregistrement de tous les droits réels.

Article 2092 C. C.: "L'enregistrement des droits réels doit être fait au bureau de la circonscription dans laquelle se trouve en tout ou en partie l'immeuble affecté."

Les articles 2158 et suivants traitent de l'organisation des bureaux d'enregistrement, et à leur lecture il est facile de constater qu'ici le système de la publicité est "réel", c'est-à-dire que, grâce à notre système et à l'index des immeubles, l'enregistrement se fait contre l'immeuble lui-même et non contre la personne.

Dans le droit français(1), le système de la publicité est personnel, c'est-à-dire que l'inscription se prend sur la personne et non sur les biens. En général, d'ailleurs les auteurs condamnent ce système à cause des nombreux inconvénients qu'il présente.

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1542.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I

BIENS SOUMIS À L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE QUANT À L'ÉPOQUE DE LEUR ACQUISITION.

SOMMAIRE. 99—Considérations générales. 100—Loi avant 1841. 101—4 Victoria, chapitre 30 (1841). 102—23 Victoria, chapitre 59 (1860). 103—Loi depuis le 1er août 1866. 104—Statut 6 Edouard VII, chapitre 41 (1906). 105—Différences entre notre droit et le droit français.

99.—Le code, nous l'avons vu, décrète que l'hypothèque judiciaire, comme toute autre hypothèque, ne peut affecter que les immeubles. Et il est de toute évidence que l'hypothèque judiciaire ne peut affecter que les immeubles qui appartiennent au débiteur: le créancier veut s'assurer une garantie en hypothéquant, or il ne peut prendre garantie que sur ce qui est le gage de sa créance; il est donc inhérent au droit qu'il veut exercer qu'il ne puisse l'exercer que sur les immeubles de son débiteur.

Tout ce qui est en dehors du patrimoine de son débiteur est au delà de son atteinte et il n'y a aucun lien de droit soit entre le propriétaire d'un autre bien, soit entre cet autre bien, et lui-même, le créancier en question. Nous tenons donc pour admis que l'hypothèque judiciaire ne peut frapper que les immeubles appartenant au débiteur et nous ne nous attardons pas davantage à faire la preuve de cette proposition. Ce que nous voulons étudier dans ce chapitre c'est la question de savoir sur quels immeubles du débiteur, considérés au point de vue de l'époque de leur acquisition, une hypothèque judiciaire peut valoir.

Ainsi l'hypothèque peut-elle affecter indistinctement tous biens du débiteur, acquis avant le jugement produisant l'hypothèque, ceux que le débiteur possède au moment du jugement et ceux qu'il a acquis après le jugement ?

Pour répondre à cette question, qui est traitée dans les articles 2035 et 2036 du Code Civil, il faut examiner les différentes législations qui ont été passées à ce sujet.

100.—Il n'y a aucun doute sur la loi en vigueur avant le 31 décembre 1841. L'article 2035 la proclame: Article 2035 C. C.—"L'hypothèque judiciaire acquise avant le trente et unième jour de décembre mil huit cent quarante et un affecte tous les biens possédés alors par le débiteur, et depuis".

C'est-à-dire que les jugements avant cette date affectaient tant les biens possédés par le défendeur lorsque le jugement était rendu que ceux acquis dans la suite.

L'hypothèque alors était générale, il n'y avait pas besoin d'enregistrement et par conséquent pas de description de l'immeuble. Automatiquement tous les biens immobiliers du défendeur étaient hypothéqués en faveur du demandeur ayant obtenu jugement.

Le droit de cette période offre peu d'intérêt aujourd'hui parce qu'évidemment la prescription a dû faire son œuvre, et il est assez difficile de concevoir un cas où cette loi pourrait recevoir son application.

Pour cette époque, la jurisprudence a interprété ainsi la loi.

Le juge Wuretele, en 1886, dans une cause de Thomson & Marks(1), disait: "The first period extends to 31st December 1841 and judgments rendered during this period affect all property held by the debtor at the time when such judgment was rendered or subsequently acquired by him".

Et le juge Lynch, en 1900, dans une cause de McClure vs Croteau & Ellison(2): "Before the registry ordinance of 1841, all property of the debtor, future as well as present, was affected; and this is laid down in article 2035 C. C."

101.—En 1841, fut émanée l'ordonnance, dite d'enregistrement, par 4 Victoria chapitre 30.

Voici quel était, en partie, le préambule de cette loi:

"Attendu qu'il est résulté des pertes et maux considérables des transports secrets et frauduleux des propriétés foncières, et des hypothèques sur icelles, et de l'incertitude et manque de sûreté des titres aux terres en cette province, au tort manifeste et à la ruine occasionnelle des acquéreurs, créanciers et autres;

(1) 19 L. N., 372.

(2) 18 C. S., 336.

et attendu que l'enregistrement de tous titres à des propriétés réelles ou immobilières, et de toutes charges et hypothèques sur icelles, non seulement obvierait à ces pertes et maux par la suite mais aussi en faisant dans les lois existantes quelque changement qui ferait disparaître les gênes et fardeaux incommodes et inexpédients sur l'aliénation des propriétés foncières, avancerait beaucoup les intérêts agricoles et commerciaux de cette province et son amélioration et sa prospérité".....

Le législateur en était donc venu à la conclusion que la clandestinité des hypothèques n'était pas désirable, mais au contraire désastreuse pour les intérêts privés et même subversive aux intérêts et au développement de la province. ...

C'est pour donner suite à cette idée que fut insérée la section 30 de cette ordonnance, et c'est celle qui intéresse cette étude.

4 Victoria, ch. 30, sec. 30: "Et qu'il soit de plus ordonné et statué que depuis et après le jour auquel cette ordonnance aura force et effet, il ne sera constitué ou créé aucune hypothèque par aucun jugement, acte ou procédé judiciaire, à être rendu, fait ou prononcé après cette période, sur aucune des terres, tènements ou héritages, propriétés réelles ou immobilières du défendeur ou des défendeurs, du débiteur ou des débiteurs contre lesquels tel jugement, acte ou procédé judiciaire sera rendu, fait ou prononcé, excepté ceux dont tel défendeur ou débiteur sera saisi et en possession au temps du prononcé de tel jugement, ou de l'accomplissement ou achèvement de tel acte ou procédé judiciaire, lesquelles terres tènements et héritages, propriétés réelles ou immobilières en dernier lieu mentionnés y seront seuls soumis; et il ne sera établi ou créé aucune hypothèque par un jugement, acte ou procédé judiciaire qui n'accordera pas une somme spécifique d'argent, et telle hypothèque ne sera établie et ne subsistera que quant à telle somme d'argent seulement; excepté les jugements contenant une adjudication d'intérêt et frais de poursuite ou d'intérêt et frais seulement, laquelle adjudication pourra être faite, comme il se pratique maintenant, sans la mention expresse du montant de l'intérêt et des frais dans le jugement et portera néanmoins hypothèque

nonobstant toute loi, usage ou coutume en aucune manière à ce contraire”.

Et en vertu d'une autre section de la même ordonnance, cette loi devient en force le trente-unième jour de décembre 1841.

Il est donc clair à la lecture de cette loi que, tant qu'elle fut en force, l'hypothèque judiciaire ne pouvait affecter que les biens du défendeur actuellement en sa possession à titre de propriétaire au moment où le jugement dont elle résultait était prononcé.

D'ailleurs jusqu'en 1906, le Code Civil se lisait comme suit, article 2036: “L'hypothèque judiciaire acquise depuis le trente et unième jour de décembre mil huit cent quarante-et-un, jusqu'au premier jour de septembre, mil huit cent soixante, n'a d'effet que sur les biens que possédait le débiteur au temps où le jugement a été rendu, ou l'acte judiciaire exécuté”.

La jurisprudence interprète cette ordonnance de la même façon.

En effet, le juge Wurtele, à l'endroit déjà cité, dit:

“The second period extends from the 31st December 1841, to the 1st September 1860, and judgments rendered during this period affect only such property as the debtor possessed at the time when the judgment was rendered.”

Et le juge Lynch, également à l'endroit cité: “By the ordinance, section 30, it is provided that the judgment will affect only the property “Whereof any such defendant or debtor shall be seized and possessed at the time of the rendering of such judgment;” and this is declared to have been the law up to the 1st September 1860, by article 2036 C. C.”

102.—La loi en vigueur ne fut pas notablement changée avant le premier jour de septembre 1860.

Cette année-là, fut passée la loi 23 Victoria, chapitre 59, qui, à la section 19, se lit comme suit:

“Nulle hypothèque générale, légale ou tacite, créée par un jugement rendu, ou aucun instrument ou document exécuté, ou toute nomination faite, ou tout acte ou chose faite, survenue ou enregistrée, après la passation du présent acte dans aucun des cas dans lesquels seulement telle hypothèque est permise”

par la vingt-neuvième section de l'ordonnance d'enregistrement susdite, ne grèvera ni n'affectera aucun immeuble, à moins et jusqu'à ce qu'un avis ait été déposé dans le bureau du registrateur du comté ou de la division d'enregistrement où est situé l'immeuble, spécifiant et décrivant d'une manière suffisante tel immeuble et exposant qu'il est en la possession de la partie contre laquelle telle hypothèque est enregistrée comme lui appartenant."

Il est utile de noter la version anglaise de la dernière partie de la dite section qui se lit comme suit :

"Unless and until a notice had been filed in the office of the registrar of the county or registration division in which such property lies, specifying and sufficiently describing such property, and stating it to be then in the possession of the party against whom such hypothec is registered as his property."

L'on voit donc que par cette loi Victoria, chapitre 50, la spécialité des hypothèques était exigée pour la première fois en notre droit quant aux hypothèques judiciaires; avant 1841, un créancier ne pouvait savoir si un jugement existait affectant le patrimoine de son débiteur; la loi 4 Victoria avait cherché un remède à cette situation en prescrivant l'enregistrement et en restreignant l'effet du jugement comme comportant hypothèque aux biens présents seulement; mais la loi 23 Victoria fit un pas de plus dans la voie de progrès et exigeant l'enregistrement d'un avis, et depuis lors le créancier prudent et diligent doit se trouver suffisamment protégé.

S'il est facile de conclure qu'à partir du 1^{er} septembre 1860, époque à laquelle cette loi est venue en vigueur, il fallait pour qu'une hypothèque judiciaire produise les effets que de droit qu'un avis ait été donné au registrateur comme mentionné, décrivant cette propriété et requérant l'enregistrement du jugement comme devant l'affecter, il est plus difficile de répondre à la question de savoir sur quels biens pouvait se prendre cette hypothèque, était-ce sur tous les biens présents et futurs, ou seulement sur les biens présents.

Les Statuts refondus du Bas-Canada de 1861, qui contiennent une refonte de toutes les législations antérieures, repro-

duisent la loi 4 Victoria, chapitre 30, section 30, à l'article 47, et le statut 23 Victoria, chapitre 59, section 19, à l'article 48 du chapitre 37.

Remarquons de plus que la loi 23 Victoria n'abroge pas, explicitement du moins, la loi 4 Victoria.

Il n'y eut aucun changement apporté aux lois existantes avant le 1er août 1866, date de la mise en vigueur de notre code civil. Il s'agit donc de rechercher quelle était la loi du pays du 1er septembre 1860 jusqu'au 1er août 1866.

Nous trouvons peu de jurisprudence à ce sujet qui maintenant offre assez peu d'intérêt au point de vue pratique.

Les deux seuls juges, dont les jugements sont rapportés, et qui se sont prononcés sur la question, ne s'accordent pas.

Le juge Wurtele, au cours du jugement ci-haut, dit:

"The third period extends from the 1st of September, 1860, to the 1st of August, 1866, and judgments rendered during this period affect only such property as the debtor likewise possessed at the time when the judgment was rendered and which is described in a notice registered with the judgment."

Le juge Lynch s'est également prononcé sur la question, mais en est venu à une conclusion contraire à la précédente.

Il importe maintenant de se demander si cette loi 23 Victoria avait réellement eu l'effet d'abroger la loi 4 Victoria, et de permettre l'enregistrement du jugement sur tous les biens présents et futurs.

Voici, l'argument du juge Lynch à ce sujet:

"In my opinion, and I see no escape from it, the Statute of 1860 had the effect, though not expressly stated, of changing the terms of section 30 of the ordinance as regards the property affected by the registration of the judgment and of the notice by extending it to cover the property possessed by the debtor at the time of the registration; because it does not require that the notice shall state that the property was in the possession of the debtor at the time the judgment was rendered, but only "then", when the notice was given."

Mais, d'un autre côté, il ne faut pas oublier qu'après la passage de ce Statut, l'ancienne loi fut reproduite dans les Statuts

Refondus, et n'est-ce pas un principe de droit qu'en interprétant une loi il faille, si faire se peut, donner effet à toutes ses clauses et ne pas en mettre une de côté.

C'est cependant ce qu'il faudrait faire pour adopter la manière de voir du juge Lynch, car alors la clause 47 des S. R. B. C., chapitre 37, n'aurait aucun effet et même serait à l'encontre de la loi.

D'autant plus qu'il est facile d'harmoniser les deux clauses, et d'interpréter la loi de l'époque comme voulant dire que nul jugement ne porterait hypothèque judiciaire sur les biens du débiteur, excepté sur ceux qu'il possédait lorsque le jugement a été rendu et que de plus il fallait qu'il en fût encore en possession à titre de propriétaire au moment où l'avis requis était donné.

Cette interprétation donne force et effet aux deux clauses qui autrement seraient contradictoires.

Dans l'interprétation d'une législation, il n'est pas permis de supposer que c'est par inadvertance que le législateur aurait reproduit cet article 47 dans les Statuts refondus.

Cependant, les Commissaires chargées de la codification de notre droit civil ne partageaient évidemment pas cette opinion, car, dans leur rapport, ils ne parlent d'aucun changement apporté aux lois existantes à ce sujet, ce qu'ils n'auraient pas manqué de faire, s'ils avaient eu l'intention de suggérer tel changement, bien que nous allons conclure qu'ils ont voulu dans la rédaction du code étendre l'hypothèque judiciaire à tous les biens tant présents que futurs.

103.—Quant à la loi, depuis le 1er août 1866, elle est contenue dans les articles 2034, 2035 et 2036 C. C.

Les deux derniers articles contiennent une déclaration au sujet de la loi aux époques y mentionnées et ne se prononcent pas directement sur la loi actuellement en vigueur.

Il faut donc chercher cette loi dans l'article 2036. Il est assez remarquable que le législateur n'ait pas cru devoir mentionner d'une manière expresse la loi qu'il entendait faire prévaloir à ce sujet.

Et, dans ces circonstances, vu qu'il s'agissait réellement d'interpréter l'intention du législateur, sans avoir pour appui aucun article formel du code, il n'est pas étonnant que des doutes se soient élevés au sujet de savoir si le code autorisait l'hypothèque judiciaire sur tous les biens tant présents que futurs ou seulement sur les premiers.

Comme nous l'avons vu, la dernière législation à ce sujet était contenue dans les S. R. de 1861, qui reproduisaient les deux lois antérieures.

Le Code civil n'a reproduit ni l'une ni l'autre de ces lois, bien qu'il ait décrété l'article 2121, dont nous connaissons la teneur et qui prescrivait l'avis.

Il appert que le juge Wurtele n'avait pas de doute que sous le régime du Code civil, l'hypothèque judiciaire pouvait se prendre sur tous les biens du débiteur, car voici comment il s'exprime, au cours du même jugement:

"The fourth period commenced on the 1st of August, 1866, and any immoveable belonging to the debtor at the time of the registration of a judgment rendered since that day and of a notice describing such immoveable, becomes affected by the judicial hypothec."

Le juge Lynch partageait la même opinion, comme le prouvent les remarques suivantes faites par ce magistrat dans la même cause:

"And there is nothing in their (Commissioners) report to indicate that they intended to make or that they did make any change in the existing law. . . . Article 2034 then must contain the law as the Commissioners understood it to become by the operation of that Statute, and as they recommended that it should be continued. Neither they, nor Parliament, which adopted their report in this respect, could have intended to leave this important matter in doubt and oblige a reference to the consolidated statutes to determine what property of the debtor was affected by the judgment rendered against him."

Et le juge exprime ici l'opinion que le statut de 1860 avait eu pour effet de changer la loi, et il continue:

".....It seems to me that article 2034 taken in connection with 2026 and 2121 sufficiently and clearly set forth what the law now is, irrespective of what it may have been immediately preceding the coming into force of the Code. The Commissioners might have stated what they considered the law to be; but whether they intended to recommend a change in the existing law or not, they have, to my mind, unmistakably, declared what the law on the subject is.... It is in accordance with the whole spirit of our registration system that a registration of the notice should have the effect of creating a hypothec on the property then possessed by the debtor (Article 1980 C. C.)."

Il y a des décisions en sens contraire, et notamment le jugement de la Cour de Revision, dans une cause de Taillon et Poulin(1).

Lisons le dernier considérant de ce jugement, que nous avons déjà étudié à un autre point de vue :

"Mais considérant que le demandeur n'a pas prouvé que le défendeur était propriétaire des immeubles, désignés dans l'avis donné au registrateur et enregistrés avec le jugement, à la date où il a obtenu ledit jugement, savoir: le 16 décembre 1884, ni lorsqu'il a fait enregistrer le dit jugement, ni qu'il en fût en possession lors de l'institution de l'action en cette cause, le jugement prononcé par la Cour Supérieure est, pour ce motif, confirmé avec dépens."

Ainsi, d'après ce jugement, pour qu'il y eût hypothèque, il fallait possession au moment où le jugement était rendu, où l'avis était enregistré et où l'action hypothécaire était instituée.

Quelle opinion fallait-il adopter dans cette controverse ?

Pour nous, il nous semble sûr qu'avant le Code il fallait possession et au moment de la prononciation du jugement et au moment de l'enregistrement de l'avis. Car, est-il concevable que la loi 23 Victoria aurait apporté un changement aussi radical à la loi alors en vigueur sans abroger expressément cette dernière, tandis qu'au contraire, loin d'être abrogée,

(1) 13 Q. L. R., 155.

cette loi antérieure est rapportée dans les Statuts Refondus aussi bien que la législation plus récente.

Maintenant du fait que les Commissaires n'ont pas mentionné leur intention de modifier la loi, modification tellement importante qu'elle méritait d'être notée, il ne faut pas conclure qu'ils avaient l'intention de proposer le maintien de la loi telle que nous croyons qu'elle existait avant le Code, car il est fort possible qu'ils ne l'interprétaient pas dans ce sens, mais qu'au contraire ils considéraient que la loi 23 Victoria avait eu pour effet d'abroger la loi 4 Victoria.

Du reste, pour interpréter le code civil, il faut rechercher d'abord ce que les textes disent, et ce n'est qu'à défaut de textes clairs que l'on doit rechercher l'intention des Commissaires, car, quelle que fût l'intention, le texte peut bien ne pas l'exprimer.

Et de cette étude des textes, nous allons en venir à la conclusion que la loi depuis le Code, et avant 1906, permettait l'enregistrement d'une hypothèque judiciaire sur tous les biens du débiteur sans faire de distinction quant à l'époque de leur acquisition.

En effet, le chapitre qui traite de l'hypothèque judiciaire dans le Code civil est la section troisième du chapitre troisième du titre dix-septième. Or, les deux premiers articles de ce titre, qui est intitulé "DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES", sont les suivants:

"Art. 1980 C. C.—Quiconque est obligé personnellement est obligé de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont spécialement déclarés insaisissables."

"Art. 1981 C. C.—Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et, dans le cas de concours, le prix s'en distribue par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence."

Ces articles sont ceux rapportés par les Commissaires et sont la reproduction à peu près exacte de la législation du Code Napoléon.

Ces deux articles ayant été adoptés comme loi avant ceux relatifs à l'hypothèque judiciaire, il semblerait en résulter comme conséquence que le créancier aurait le droit d'exercer sur les biens du débiteur tous les moyens d'exécution que la loi lui donne, ainsi que de faire valoir sur iceux toute mesure conservatoire, ce qui comprendrait l'hypothèque judiciaire.

De plus, si, dans l'état actuel de notre droit, on ne refuse pas au créancier la faculté de saisir et vendre les biens du débiteur, et tous les biens du débiteur, est-ce qu'à plus forte raison, il ne serait pas contraire à l'esprit de ce droit de ne pas permettre l'enregistrement des jugements sur tous les biens du débiteur, tant présents que futurs ?

Les Commissaires pour empêcher cette conséquence et restreindre l'effet général de ces deux articles auraient dû exprimer leur intention à cet égard et faire une exception quant à l'enregistrement des jugements.

Nous croyons donc que l'intention des Commissaires était que ces deux articles affectent tout le titre, et à tout événement nous croyons que ces articles ont en réalité cet effet.

Disons de plus que les Commissaires, dans leur rapport, ne mentionnent aucunement ni ne réfèrent à la section 47, tandis qu'ils réfèrent à la section 48 des Statuts refondus du Bas-Canada, chapitre 37.

Enfin, comme dernier argument, pour prouver notre prétention, nous citerons l'article 2613 C. C.: "Les lois en force, lors de la mise en force de ce code, sont abrogées dans les cas suivants (entr'autres): Où il contient une disposition qui a expressément ou implicitement cet effet; où il contient une disposition expresse sur le sujet particulier de telles lois".

Or, vu que le code traite spécialement de l'hypothèque judiciaire, et que de plus ce chapitre contient des dispositions qui, implicitement au moins, abrogent les lois antérieures à ce sujet, nous sommes amenés forcément à conclure que ces lois antérieures sont abrogées.

En définitive, il semble donc que nous avons le droit de dire que les Commissaires étaient d'opinion que la loi avant le Code était à l'effet que tous les biens du débiteur étaient sujets

à l'hypothèque judiciaire, et que c'est, dans tous les cas, la loi que le Code civil a établi d'après leur recommandation.

104.—La preuve que le sujet que nous venons de traiter ne manquait pas de difficultés se trouve dans le fait que la Législature a passé, en ces dernières années, une loi dans le but de faire disparaître les doutes qui s'étaient élevés au sujet de l'interprétation de cette législation.

Voici le texte de cette loi, telle qu'on la trouve dans le Statut 6 Edouard VII, ch. 41, sanctionné le 9 mars 1906:

"Attendu qu'il s'est élevé des doutes si l'hypothèque judiciaire résultant de jugements rendus ou d'actes judiciaires exécutés depuis le premier jour de septembre 1860, affecte les immeubles acquis par le débiteur après la date du jugement ou de l'acte judiciaire, et qu'il est opportun de lever ces doutes.

... Sa Majesté décrète ce qui suit:

1.—L'article 2036 est remplacé par le suivant:

"Article 2036 C. C.—L'hypothèque judiciaire acquise depuis le trente et unième jour de décembre 1841, jusqu'au premier jour de septembre 1860, n'a d'effet que sur les biens que possédait le débiteur au temps où le jugement a été rendu ou l'acte judiciaire exécuté.

Depuis le premier jour de septembre 1860 et à l'avenir l'hypothèque judiciaire peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir.

2.—Cette loi n'affectera pas les causes pendantes."

Ainsi donc, pour l'avenir, la loi est claire, c'est-à-dire que les jugements désormais pourront effectivement être enregistrés sur tous les biens du débiteur.

Nous croyons aussi que cette loi déclare quelle était l'interprétation qu'il fallait donner à la loi antérieure, *i. e.*, qu'elle a un effet rétroactif, excepté pour les causes actuellement pendantes devant les tribunaux.

Ainsi il pourrait arriver qu'un juge fût obligé d'appliquer à une nouvelle cause, qui discuterait une hypothèque enregistrée longtemps avant 1906, cette dernière loi, et à une hypothèque plus récente, mais dont l'existence ou le sort étaient

en 1906 discutés devant les tribunaux, la loi avant 1906 et sans prendre en considération cette dernière.

105.— Dans notre droit, l'hypothèque judiciaire est générale dans le sens qu'elle peut affecter tous les biens du débiteur pourvu que le créancier se soit conformé à l'article 2121 C. C.

Elle affecte aussi ses biens futurs, mais seulement au fur et à mesure qu'ils seront désignés dans l'avis prescrit par l'article 2121 C. C. En notre droit, l'on peut dire que l'hypothèque elle-même est générale, tandis que l'inscription doit être spéciale.

Il est intéressant de noter les différences entre notre droit et le droit français à ce point de vue.

L'article 2123 du Code Napoléon dit, en partie : "Elle (l'hypothèque judiciaire) peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées".

L'article 2134 prescrit la nécessité de l'enregistrement de l'hypothèque judiciaire.

L'article 2148 C. N. dit, en parlant des hypothèques judiciaires et légales : "A défaut de convention, une seule inscription, pour ces hypothèques, frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau".

Et il n'est pas nécessaire d'après le même article, d'indiquer l'espèce ni la situation des biens du débiteur pour les hypothèques judiciaires.

Les auteurs et la jurisprudence en France interprètent ces articles à l'effet que l'hypothèque judiciaire est générale et frappe tous les biens du débiteur, soit présents, soit futurs; qu'il suffit d'une seule inscription pour les deux espèces de biens, sans désignation ni description.

Ainsi, aussitôt qu'une hypothèque judiciaire est inscrite elle affectera par le seul effet de la loi tous les immeubles que le débiteur possèdera ou acquerra dans l'arrondissement.

En France, et l'hypothèque et l'inscription sont générales.

"Il suffit pour ces hypothèques (judiciaires), que l'inscription énonce qu'elle est prise sur la généralité des immeubles présents et à venir du débiteur, ou même simplement qu'elle l'est sur tous ses biens. L'inscription formulée en ces termes

frappe tous les immeubles que le débiteur possède, ou qu'il pourra acquérir, à un titre quelconque, dans l'arrondissement du bureau où elle a lieu, sans qu'il soit nécessaire de prendre de nouvelles inscriptions à chaque acquisition faite par le débiteur"(1).

Il se présente en France une question intéressante pour nous, comme question légale, et qui a été fort discutée.

Deux hypothèques judiciaires sont inscrites à des époques différentes, quel sera leur rang sur un immeuble futur ?

Les uns ont voulu qu'elles viennent par concurrence, parce qu'elles affectaient l'immeuble au même moment précis, c'est-à-dire celui de son acquisition, alors qu'il tombe dans le patrimoine du débiteur.

Mais aujourd'hui la jurisprudence et les auteurs leur donnent ou gardent le même rang sur les immeubles futurs que sur les immeubles présents.

Voici le raisonnement de MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes(2) :

"La loi dispense le créancier nanti d'une hypothèque judiciaire de l'obligation d'indiquer l'espèce et la situation des immeubles sur lesquels il entend conserver son hypothèque. La loi ajoute qu'une seule inscription suffit alors pour atteindre tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau. Il faut en conclure que l'hypothèque est alors conservée dans toute son étendue. Par conséquent, le créancier en se conformant à la loi et en requérant inscription, a conservé son hypothèque judiciaire avec tous les avantages qui y sont attachés. Or elle lui conférerait un droit de préférence sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur, et ce droit de préférence il l'acquiert à l'encontre de tous les créanciers qui ne sont pas encore inscrits et par suite à l'encontre des autres créanciers qui pourront acquérir ou faire inscrire ultérieurement des hypothèques judiciaires contre le même débiteur. L'ordre de préférence sur les biens à venir se détermine donc, comme

(1) 3 Aubry & Rau, 5^{ème} édition, 273; 2 Baudry-Lacantinerie & de Loynes, 1266; 3 Troplong, 690.

(2) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1450.

l'ordre de préférence sur les biens présents, par la date des inscriptions."

CHAPITRE II

EFFETS DE CERTAINES RESTRICTIONS AU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

SOMMAIRE. 106—Généralités. 107—Substitution—Le grevé. 108—L'appelé. 109—Prohibition d'aliéner. 110—Insaisissabilité. 111—Incessibilité. 112—Incapacités personnelles.

106.—Nous avons dit que le créancier ne pouvait inscrire une hypothèque judiciaire que sur les immeubles appartenant au débiteur, qui sont dans son patrimoine. Nous nous proposons d'examiner dans ce chapitre certains cas où le débiteur, quoique propriétaire, possède sous certaines restrictions, à lui imposées par ses auteurs ou par la loi, et de déterminer l'influence de ces restrictions sur la faculté du créancier d'inscrire son hypothèque judiciaire sur les immeubles de son débiteur.

107.—Peut-on prendre hypothèque judiciaire sur l'immeuble substitué contre le grevé? Le peut-on contre l'appelé?

L'article 949 C. C. répond à la première question:

949 C. C.—"L'obligation de rendre les biens substitués dans leur intégrité, et la nullité des actes du grevé au contraire, ne l'empêchent pas de les hypothéquer, et de les aliéner sans préjudice aux droits de l'appelé qui les reprend libres de toute hypothèque, charge ou servitude, et même de la continuation du bail, à moins que son droit ne soit prescrit conformément aux règles contenues au titre de la prescription, ou que le tiers n'ait droit de se prévaloir du défaut d'enregistrement de la substitution"(1).

Il semble d'après cet article que, si le grevé peut hypothéquer, et aliéner, ses créanciers ne peuvent prendre hypothèque judiciaire sur ses biens.

En effet, pourquoi celui à qui le grevé consent une hypothèque, serait-il traité plus favorablement que le créancier porteur de jugement? Mais il faudra évidemment faire la même réserve,

(1) *Vide* articles 2205 C. C., et seq.

À l'effet que cette hypothèque ne peut affecter les droits de l'appelé, qui sont sauvegardés.

Dans la suite, le créancier pourra même faire vendre ces biens et l'aliénation vaudra tant que la substitution ne sera pas ouverte.

Il faut, cependant, en tout ceci tenir compte des lois de l'enregistrement et de la prescription.

Dans une cause de Seymour vs. Seymour(1), le juge Loranger, en 1890, a discuté la situation du grevé.

L'action était en radiation d'hypothèque. L'immeuble avait été laissé aux enfants du demandeur, qui en avait l'usufruit. Il y avait clause d'insaisissabilité quant à cet usufruit. Et l'hypothèque n'affectait qu'une partie de l'immeuble dont la nue-propriété était retournée au demandeur, à la suite de la mort de l'un des enfants.

L'action fut renvoyée.

Le jugement était-il bien fondé? Il nous semble que c'est douteux vu la clause d'insaisissabilité et malgré le fait qu'aucune tentative d'exécution n'avait été faite. Avant la confusion des qualités de propriétaire et d'usufruitier sur la tête du demandeur, l'enregistrement d'une hypothèque n'aurait pu se faire; l'accident de la mort du nu-propriétaire pouvait-il faire pire la position du demandeur?

Voici l'un des considérants: "Considérant que le testament eût-il créé une substitution, le demandeur grevé de substitution possédant à titre de propriétaire sous une condition résoluble, peut, sous cette condition, hypothéquer les immeubles substitués, et est sujet aux hypothèques de ses créanciers (articles 944, 949 C. C.); que par le décès de sa fille, la condition ayant été purgée au profit du dit demandeur, l'enregistrement de l'hypothèque des défendeurs a reçu son effet en entier;

"Considérant en outre que l'enregistrement d'une hypothèque n'est qu'un acte conservatoire et que l'objection du demandeur est prématurée".

(1) 21 R. L., 39.

La première proposition du premier considérant nous semble juste, mais quant à la seconde, elle nous paraît beaucoup moins claire.

En effet, vu la clause d'insaisissabilité, nous ne croyons pas qu'un jugement pouvait être enregistré sur cet immeuble.

Cette clause a précisément pour but d'empêcher que le propriétaire ne soit troublé par saisie ou autrement.

Nous admettons que l'enregistrement du jugement n'est qu'un acte conservatoire dans un sens, mais encore faut-il qu'il soit exercé dans des circonstances et conditions permises(1).

108.—Le créancier de l'appelé peut-il enregistrer son jugement contre l'immeuble avant l'ouverture de la substitution? Lisons l'article 956 C. C.: "L'appelé peut durant la substitution disposer par acte entrevifs ou par testament, de son droit éventuel aux biens substitués, sujet au manque d'effet par caducité, et aussi sujet aux effets ultérieurs de la substitution lorsqu'elle continue après lui. L'appelé et ceux qui le représentent peuvent faire avant l'ouverture tous les actes conservatoires qui se rapportent à son droit éventuel, soit contre le grevé, soit contre les tiers".

Le même raisonnement s'applique pour l'appelé que pour le grevé.

Si l'appelé est autorisé à disposer complètement du bien, il peut certainement l'hypothéquer à ses créanciers.

Le grevé, ou un représentant, est en possession comme propriétaire de cet immeuble, mais n'empêche que l'appelé y a un droit conditionnel qui est actuellement dans son patrimoine.

L'article 2038 C. C. prévoit ce cas: "Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble en certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision".

Évidemment, l'hypothèque serait soumise dans ce cas à l'éventualité de l'ouverture de la substitution.

(1) Gagnon vs Gagnon, 9 B. R., 62.

Maintenant, si l'appelé peut donner une hypothèque, il n'y a rien qui empêche son créancier d'enregistrer son jugement et de se créer ainsi une hypothèque judiciaire: les biens du débiteur sont le gage de son créancier; et les effets de l'hypothèque judiciaire étant les mêmes que ceux de l'hypothèque conventionnelle, si l'appelé peut accorder l'une, le créancier peut prendre l'autre, malgré l'appelé, sauf les droits du grevé.

Cette doctrine a été clairement affirmée par le juge Cimon, en 1890, dans une cause de Hingston vs Franklin et al.(1)

Dans le Code Napoléon, l'on ne trouve aucun article qui corresponde au nôtre, mais n'empêche qu'après hésitation les meilleurs auteurs français(2) en viennent aujourd'hui à la conclusion qu'on peut inscrire une hypothèque judiciaire contre l'appelé.

109.— Une personne peut posséder un immeuble pour l'avoir acquis de son auteur avec une clause lui prohibant de l'aliéner; or il est admis que si cette clause veut dire quelque chose, elle signifie que cette personne ne peut disposer à son gré de la propriété soit en la vendant soit en l'hypothéquant.

Cet immeuble cependant est bien dans son patrimoine, et son créancier n'a-t-il pas le droit d'inscrire son jugement sur icelui pour acquérir une hypothèque et ensuite le faire saisir et vendre?

Et autre question: S'il ne peut le faire saisir et vendre, peut-il au moins conserver son hypothèque sur cet immeuble et n'exécuter qu'à la mort de celui qui possède en vertu du titre comportant la clause ci-dessus?

A la première question, il faut répondre négativement.

En effet, cette clause est encore plus large et formelle que la clause d'insaisissabilité et la renferme. Si l'auteur n'a pas voulu qu'il y ait aliénation volontaire, il est évident qu'il aurait encore moins voulu l'aliénation forcée, et c'est à quoi aboutirait la saisie. Il s'agit de respecter la volonté libre du testateur, donateur ou constituant.

(1) 19 R. L., 124.

(2) 2 Baudry-Lacantinerie et Colin, "Donations et Testaments", 3408.

A la deuxième question, la réponse est aussi négative, car le propriétaire ne peut hypothéquer lui-même et à plus forte raison son créancier ne peut inscrire une hypothèque sur ce bien, qui est pour ainsi dire hors de commerce, pour le moment. Il ne faut pas croire, cependant, que cette question n'a pas soulevé de difficultés devant nos tribunaux. Au contraire, les opinions de nos magistrats furent souvent partagées. Bien que maintenant la question paraît tranchée dans le sens mentionné ci-dessus.

En 1894, dans une cause de Wells et al. vs. Gilmour(1), la Cour d'Appel a affirmé cette doctrine de façon non équivoque, comme le prouvent les extraits suivants des notes du juge Lacoste :

"Mais elle (la prohibition d'aliéner) doit, comme toute autre stipulation autorisée par la loi, être interprétée de manière à lui donner son effet plein et entier. . . . Cette jouissance ne serait pas assurée et par conséquent l'intention du testateur ne serait pas remplie si un créancier du légataire pouvait prendre hypothèque et faire vendre la propriété. . . .

"D'ailleurs l'hypothèque judiciaire ne frappe que les biens libres du débiteur et ne saurait affecter ceux qui ne sont pas susceptibles d'hypothèque.

"Pour être admis à faire un acte conservatoire, il faut être muni d'un titre et des permissions exigées par la loi. (Dalloz, "Acte conservatoire," numéros 29 et 30).

"Le jugement qui forme le titre de Gilmour ne lui donne pas le droit de prendre hypothèque sur les biens de son débiteur que ce dernier n'a pas le pouvoir d'hypothéquer. Gilmour n'a donc pas de titre. Il n'a pas non plus les permissions de la loi. Car la loi permet au créancier d'enregistrer seulement quand son titre porte hypothèque."

Les arguments du défendeur, poursuivi en radiation de son jugement enregistré, étaient, entre autres, que la défense d'inscrire est une dérogation à la loi générale et ne peut être étendue à l'hypothèque judiciaire et que de plus celle-ci n'est qu'un acte conservatoire.

(1) 3 B. R., 250.

Malgré l'autorité de ce jugement, un jurisconsulte aussi éminent que sir François Langelier a soutenu l'opinion contraire, en 1906, dans une cause de *Roberts vs. Bergevin*(1).

Voici quelques remarques du savant magistrat:

"Cet acte ne comporte qu'une défense d'aliéner et d'hypothéquer mais il n'est pas dit que cet immeuble ne pourra être saisi par ses créanciers.

"L'opposant prétend que l'inaliénabilité d'un immeuble entraîne son insaisissabilité. Je ne suis pas prêt à admettre cela. La loi me paraît absolument contraire à cette prétention."

Et le juge cite les articles 1980 C. C., et 599 C. P.

Article 1980 C. C. "Quiconque est obligé personnellement . . .

Article 599 C. P. "Sont insaisissables les immeubles déclarés insaisissables par le donateur ou le testateur ou par la loi, et les sommes et objets donnés ou légués sous la condition d'insaisissabilité".

"Le donateur aurait pu déclarer l'immeuble insaisissable comme il l'a déclaré inaliénable."

Cet argument ne manque évidemment pas de force, mais ne réussit pas à convaincre la Cour d'Appel, qui renversa ce jugement et réaffirma la doctrine exprimée dans la cause de *Wells et Gilmour*, bien qu'il n'y avait sur le banc que les juges *Lacoste* et *Blanchet*, qui avaient siégé dans cette dernière cause. Les jugements dans les deux cas furent unanimes. "Le créancier, dit le juge *Lacoste*, exerce le droit de son débiteur dans l'immeuble saisi. Ce serait exercer un droit que le débiteur n'a pas que de vendre ce qu'il ne peut vendre".

Dans cette cause, il s'agissait d'une opposition à une saisie, mais l'on peut l'assimiler à une cause où il y aurait eu hypothèque judiciaire enregistrée.

110.—Lorsqu'une personne possède en vertu d'un titre comportant clause d'insaisissabilité, un de ses créanciers peut-il inscrire une hypothèque judiciaire sur cette propriété, et dans la négative, peut-il au moins l'inscrire et l'y garder à l'état

(1) 16 B. R., 104.

latent sans chercher à exécuter tant que la clause produira ses effets juridiques ?

Point n'est besoin, dans les limites de cette étude, plus pour la clause d'insaisissabilité que pour celle portant prohibition d'aliéner, prouver qu'elle est permise dans notre droit: nous pouvons le prendre pour acquis.

La réponse aux deux questions est négative.

En effet, il faut donner suite à l'intention exprimée par le constituant et, en stipulant cette clause, son but était précisément d'empêcher que le titulaire fût troublé dans sa possession. Or, il est de l'essence de l'hypothèque judiciaire, comme de l'hypothèque conventionnelle, que le créancier puisse suivre les immeubles et les faire vendre.

L'hypothèque judiciaire n'est pas non plus une simple mesure conservatoire dans le sens qu'elle pourrait rester sur l'immeuble sans que le créancier puisse exécuter; et ce serait enfreindre les intentions du constituant en faveur du créancier, qui s'assurerait ainsi une préférence sur l'immeuble, que de permettre son enregistrement.

La clause d'insaisissabilité d'ailleurs, ne comporte clause d'inaliénation et en conséquence si le détenteur peut aliéner, il est facile de comprendre l'injustice envers lui que de permettre qu'une hypothèque judiciaire subsiste sur cette propriété, attendu que le produit de la vente ou aliénation est également insaisissable et qu'il en est de même pour l'immeuble acheté comme remploi.

La jurisprudence est en ce sens.

La cause de Latour et Latour (1), dans laquelle jugement fut rendu par la Cour de Revision, siégeant à Montréal, est absolument au point.

En effet, le défendeur avait inscrit une hypothèque judiciaire sur un immeuble possédé par le demandeur en vertu d'un titre comportant cette clause, et le demandeur prit contre lui une action en radiation, alors que le défendeur n'avait pas même tenté de faire valoir d'aucune façon son hypothèque.

(1) 38 C. S., 193.

L'action du demandeur fut maintenue en Cour Supérieure et ce jugement fut confirmé sur tous les points par la Cour de Revision.

Le juge Champagne s'exprima, en partie, comme suit:

"La seule clause d'insaisissabilité, dans un acte de donation, n'empêche pas le donataire de vendre l'immeuble qui fait l'objet de la donation, mais le prix de vente reste insaisissable comme le meuble ou l'immeuble qu'il achèterait comme remploi."

Le magistrat, après avoir cité l'article 2916 C. C., continue: "Partant pour qu'un immeuble puisse être hypothéqué soit par hypothèque conventionnelle, ou, comme dans l'espèce par hypothèque judiciaire, il faut qu'il soit saisissable.

"L'hypothèque a pour but d'assurer au créancier de l'immeuble, un droit de préférence sur le prix de l'immeuble hypothéqué. Il faut donc pour qu'elle soit efficace que l'immeuble puisse être converti en deniers, c'est-à-dire saisi et vendu en justice, d'où il suit que l'immeuble insaisissable est insusceptible d'hypothèque.

"Les créanciers auxquels est opposable cette condition ne peuvent prendre inscription d'hypothèque judiciaire sur les biens insaisissables. L'inscription n'est pas une simple mesure conservatrice, mais l'exercice actuel d'un droit hypothécaire incompatible avec le privilège d'insaisissabilité.

"L'intention de la donatrice ne serait pas remplie si un créancier du demandeur, son donataire, pouvait prendre hypothèque sur l'immeuble donné, et par là assurer le paiement de sa créance au moyen d'une procédure équivalente à une saisie-arrest entre les mains d'un acquéreur éventuel; s'il en était ainsi la clause d'insaisissabilité deviendrait illusoire."

Environ deux mois avant que ce jugement fût rendu, le juge en chef de la Cour Supérieure à Québec, le juge Lemieux a eu l'occasion de se prononcer dans une cause qui a la même portée que la précédente et qui démontre qu'il entend bien interpréter la loi de la même façon.

Nous citerons ce jugement sous le titre suivant.

111.—Un immeuble simplement incessible peut-il être sujet à une hypothèque judiciaire, ou au moins peut-on ins-

crir une hypothèque judiciaire sur cet immeuble, sauf à ne pas exécuter pour le présent ?

La réponse à ces deux questions est encore négative.

Car, si on ne peut conclure qu'un immeuble insaisissable est incessible, on peut dire qu'un immeuble incessible est insaisissable. Or nous venons de dire qu'un immeuble insaisissable n'est pas sujet aux hypothèques judiciaires, nous avons donc le droit de conclure qu'un immeuble incessible ne l'est pas non plus. En effet, dans le dernier cas, le constituant pour des motifs à lui connus, a laissé encore moins de liberté au titulaire et a voulu le protéger davantage en lui défendant même de céder son immeuble.

Ceci d'ailleurs se confondra souvent avec la prohibition d'aliéner.

Mais, à tout événement, il appert que l'intention du constituant est que l'immeuble en question ne soit pas responsable vis-à-vis des créanciers du titulaire pour ses dettes, du moins sa vie durant.

Dans une cause de Germain et Rousseau (1), le juge Lemieux a renvoyé une action en radiation d'hypothèque conventionnelle prise par le demandeur qui, possédant un immeuble avec clause d'insaisissabilité, l'avait volontairement hypothéqué en faveur du défendeur.

Le savant magistrat, après avoir démontré que l'incessibilité comprend l'insaisissabilité mais que l'insaisissabilité ne comporte pas incessibilité, ajoute :

"S'il en était autrement, la libéralité ou la bienfaisance du testateur ou donateur serait en certains cas sans effet, ou n'aurait pas l'effet prévu, tandis que la liberté laissée au légataire de disposer des biens légués lui permettra de tirer un plus grand avantage du legs en vendant ou hypothéquant la propriété léguée à titre d'aliments.

"L'hypothèque en faveur de Rousseau est à l'état latent et restera inefficace tant et aussi longtemps que la clause d'insaisissabilité sera en force, en d'autres termes, tant et aussi long-

(1) 37 C. S., 189.

temps que Germain vivra, mais après la mort de ce dernier Rousseau n'aura plus d'obstacle pour exécuter son obligation."

C'est là un jugement très intéressant et qui, bien que s'appliquant à une hypothèque conventionnelle, confirme bien la théorie que nous avons développée, et il est évident que le jugement aurait été tout autre s'il se fût agi d'hypothèque judiciaire, puisque l'inscription d'une telle hypothèque aurait précisément empêché le détenteur soit d'hypothéquer ou d'aliéner autrement l'immeuble (1).

Ce jugement fut confirmé par la Cour d'Appel (2).

Dans le droit français(3), comme dans le notre d'ailleurs, la loi protège ceux qui possèdent des immeubles avec les clauses mentionnées plus haut et a pour but de donner plein et entier effet à la volonté ou intention manifestée par le constituant.

112. Nous avons étudié l'effet des restrictions au droit de propriété résultant de la nature du titre de celui qui possède; il nous reste à examiner certaines restrictions au droit de disposer librement de la propriété et qui résident dans la personne même du titulaire. Ce sont des restrictions apportées par la loi pour la protection du titulaire et que nous appellerons incapacités personnelles, car elles le rendent personnellement incapable de transiger librement.

C'est le cas du mineur, de l'interdit, etc.

Capable d'aliéner, capable d'hypothéquer; incapable d'aliéner, incapable d'hypothéquer, peut-on dire. Cependant, du fait que les interdits, les mineurs ne peuvent ni aliéner, ni hypothéquer, il ne faut pas conclure que leurs créanciers sont sans recours contre leurs immeubles.

Au contraire, leurs immeubles sont susceptibles d'hypothèques judiciaires pourvu toutefois que toutes les formalités voulues soient observées et pour obtenir jugement et pour l'enregistrement après l'avoir obtenu.

Il n'y a en effet aucune raison pour que cette catégorie de gens ne soient pas tenus responsables de leurs actes légaux et det-

(1) Desjardins vs Michaud, 5 R. de J., 273.

(2) 14 R. de J., 95.

(3) 2 Baudry-Lacantinerie, 1337H; 3 Aubry & Rau, 266, p. 459; Thézard, 118.

tes légitimement contractées. Leur cas diffère totalement de ceux des personnes que nous venons de passer en revue, et contre lesquelles on ne peut inscrire d'hypothèque judiciaire parce que leur titre est tel qu'il le prohibe.

Dans le cas d'incapables, il n'y a aucune restriction légale qui affecte leur propriété; ce n'est qu'une question de formalités ou de procédure.

L'immeuble appartenant à l'incapable est le gage de son créancier, tout comme pour celui qui jouit de tous ses droits.

Cet immeuble pourra donc être saisi et vendu, et en conséquence une hypothèque judiciaire y pourra être inscrite.

C'est d'ailleurs ce qui résulte de l'interprétation de l'article 2039 C. C.

Article 2039 C. C.: "Les biens des mineurs, des interdits, et ceux des absents tant que la possession n'en est déferée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements. (C. C., 297, 298, 321, 351.)"

Le droit français ici également ne diffère pas du nôtre(1).

CHAPITRE III

EFFETS DE CERTAINES MODALITÉS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

SOMMAIRE. 113—Principes généraux.—Articles 2038. 114—Titre sujet à rescision. 115—Rescision basée sur incapacité. 116—Rescision basée sur fraude envers les créanciers. 117—Rescision basée sur dol, erreur, &c. 118—Auteurs français. 119—Jurisprudence. 120—Hypothèque inscrite après l'institution de l'action en rescision. 121—Propriétaire sous condition résolutoire. 122—Vente à réméré.—Droits du créancier de l'acquéreur. 123—Droits du créancier du vendeur. 124—Jurisprudence. 125—Auteurs. 126—Conclusion. 127—Propriétaire sous condition suspensive.

113.—Il faut être propriétaire pour pouvoir constituer une hypothèque conventionnelle, et ce n'est que contre le bien immeuble appartenant au débiteur que le créancier peut inscrire légalement et valablement un jugement comportant hypothèque judiciaire.

(1) Thézard, 81; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 380.

Cependant, il n'est pas nécessaire que le droit de propriété soit pure et simple, cette propriété peut être soumise à certaines modalités sans nuire à l'efficacité de l'hypothèque, soit conventionnelle, soit judiciaire. Avec cette seule mais évidemment très importante différence, que la vie de l'hypothèque elle-même subira les mêmes modalités et suivra le sort de cette même propriété.

Ces principes, qui ne souffrent aucune contradiction, sont consacrés dans des articles du Code Civil.

Article 2038 C. C.: "Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision".

Et 2081 C. C., deuxième alinéa: "Les privilèges et hypothèques s'éteignent: 2° par la résolution ou par l'extinction légale du droit conditionnel ou précaire dans la personne qui a donné lieu au privilège ou à l'hypothèque".

Ce deuxième article est une conséquence nécessaire du premier article.

L'article 2038 est tiré du droit français et l'article 2125 C. N. est semblable au nôtre; mais le Code Napoléon ne reproduit pas cet alinéa de l'article 2081.

Cet article 2038 est fondé sur l'ancienne règle de droit "*Resolutio jure dantis, resolutio jure accipientis*".

Les énoncés de cet article paraissent très simples d'application comme d'énonciation; ils ne laissent pas cependant dans la pratique de soulever de grandes difficultés dont nous allons aborder l'étude. Nous étudierons successivement les différentes modalités du droit de celui contre qui il s'agit d'inscrire une hypothèque judiciaire, pour en déterminer l'effet sur cette hypothèque. Pour faire voir les grandes difficultés que ces matières comportent, nous pouvons dire tout de suite qu'en France comme chez nous, sur certains points, il y a désaccord entre les auteurs et la jurisprudence.

114.—On entend par acte, ou titre sujet à rescision, un acte ou un titre qui peut être annulé pour raison légale, sans tenir

compte du cas où il est rescindé volontairement par les parties contractantes.

Or, il est possible qu'un acte soit annulé comme fait en fraude des créanciers, en vertu de l'action paulienne.

Il est également possible qu'un acte soit annulé à cause de l'incapacité de celui qui a transigé, comme par exemple, si un interdit vendait une propriété sans les formalités requises.

En troisième lieu, l'acte peut être déclaré nul comme ayant été fait sous l'influence de la fraude, du dol, de l'erreur, de la crainte, de la violence, de la lésion.

Autrement dit, un acte peut être rescindable ou sujet à rescision quand il est fait par un incapable ou encore sous l'influence de la fraude, ou dol, de la violence, de la crainte, de l'erreur, ou lorsqu'il préjudice frauduleusement aux créanciers du contractant.

La question à résoudre est la suivante: quelle sera la valeur de l'hypothèque judiciaire prise contre l'acquéreur dont le titre sera annulé pour un de ces motifs?

Dans cette matière, il faut évidemment présupposer bonne foi complète de la part du créancier hypothécaire, car autrement, il ne pourrait être question de le protéger: il serait dans le même cas que celui dont il tient ses droits, et l'acte aurait le même caractère ou défaut de nullité envers lui. Qui alors faut-il préférer, le créancier de bonne foi ou le vendeur, s'il s'agit de vente?

Examinons les trois cas de rescision que nous venons d'énumérer, et déterminons la valeur de l'hypothèque judiciaire prise par le créancier de l'acquéreur alors que le titre sera annulé à cause de l'incapacité de l'aliénateur, de dol, etc., ou de fraude envers les créanciers.

Nous ne parlerons que de la vente, mais nos remarques pourront s'appliquer à d'autres contrats.

115.—La vente faite par un incapable est absolument nulle *ab initio*, la loi la déclare formellement telle, même si elle ne l'est que pour certaines personnes, comme dans le cas du mineur, au moins pour lui elle l'est absolument; or si le mineur ou autre incapable transfère un immeuble, il le fait illégale-

ment et il ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même, et, puisqu'il n'en a pas, il ne peut en transférer. Ceci nous amènerait donc à conclure que les hypothèques acquises du chef de l'acquéreur, dans ces circonstances, ne subsisteraient pas après l'annulation de l'acte.

116.— Dans le cas d'un acte fait en fraude des créanciers, comme une vente, par exemple, rescindée pour cause de fraude en vertu de l'article 1032, nous croyons devoir en décider autrement; l'acte vaut entre les parties, il n'est pas radicalement nul, il est annulable en vue de certaines circonstances extrinsèques, mais il ne porte pas, dès son origine, un vice; il n'est pas, semble-t-il, sujet à rescision, comme dans le cas d'un incapable, car lorsqu'il a été passé, il était selon toute apparence parfaitement valide.

L'acquéreur a, en conséquence, acquis un titre parfait, et pouvait accorder valablement des droits sur cet immeuble et l'annulation du titre de l'acquéreur ne les affectera pas. Ceci ne contredira pas les prescriptions de l'article 2038, puisque le droit de l'acquéreur n'était pas sujet à rescision au moment de la création des droits en question.

Nous ne prétendons pas que cette distinction en soit une qui s'impose nécessairement, mais elle s'appuie sur le raisonnement que nous venons de faire.

Outre la considération légale que nous avons mentionnée, ceux qui veulent protéger le tiers de bonne foi sont mus par un sentiment d'équité, et trouvent que, s'il y a eu fraude, il n'est pour rien dans cet acte, il en est plus éloigné même que l'acquéreur et par conséquent était censé avoir encore moins de moyens que ce dernier pour se protéger.

117.— Si une transaction est annulée pour cause de dol, fraude, erreur, violence, crainte, ou lésion, que deviendront les hypothèques judiciaires prises contre l'acquéreur?

Nous sommes d'opinion qu'il faut assimiler ce cas à celui de l'incapable, car le vice existe dès le commencement, bien qu'il soit quelquefois inapparent de sa nature, comme dans le cas de dol; il prend naissance avec le droit lui-même, l'acte est donc sujet à rescision et il faut appliquer l'article 2038.

L'acte, il est vrai, n'est pas nul de plein droit, il n'est qu'annulable, mais, même dans le cas de l'incapable, la nullité peut n'être que relative sans affecter la théorie que nous soutenons, comme dans le cas du mineur, qui seul peut se plaindre d'avoir été lésé.

118.—La jurisprudence française(1) n'est pas complètement fixée en cette matière, bien que l'opinion de la majorité des auteurs et la plupart des arrêts soient aujourd'hui conformes à notre solution.

Mais des auteurs(2), et des plus respectables, sont d'un avis contraire et annuleraient, en même temps que le droit de l'acquéreur, toutes les hypothèques créées de son chef.

119.—Nos tribunaux furent souvent appelés à se prononcer sur ces matières, et il ne manquera pas d'intérêt d'examiner sommairement les principaux arrêts rendus.

En général, ceux qui prônent la nullité des droits du chef de l'acquéreur s'appuient sur l'article 2038, et ceux qui soutiennent l'opinion contraire disent qu'en vertu de l'ordre public il faut protéger le tiers qui est de bonne foi et qui, se basant sur les lois de l'enregistrement, a contracté de bonne foi.

Qu'il s'agisse d'hypothèque conventionnelle ou d'hypothèque judiciaire, nous croyons que la solution devra être la même, car, si, au moment de la rescision, il y a une hypothèque inscrite, qui peut rechercher la cause de la naissance de cette hypothèque?

En 1882, dans une cause de Lighthall vs Chrétien et Craig(3), le juge Mathieu, en annulant une vente faite avec dol de la part de l'acquéreur a refusé de reconnaître les droits du sous acquéreur à la protection de la Cour.

Le magistrat, après avoir conclu qu'il y avait eu dol et avoir démontré que les auteurs français sont en faveur de son opinion, cite les articles 984, 988 et 993 C. C.

984 C. C.—“Quatre choses sont nécessaires pour la validité d'un contrat: des parties ayant la capacité légale de contracter;

(1) Fuzier-Herman, 23ème vol., *re de* Hypothèque, 1766 et seq.

(2) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1319.

(3) 11 R. L., 402.

leur consentement donné légalement; quelque chose qui soit l'objet du contrat; une cause ou considération icite".

988 C. C.—"Le consentement est ou exprès ou implicite. Il est invalidé par les causes énoncées dans la section deuxième de ce chapitre".

Or cette section comprend l'article 993.

Article 993 C. C.—"La fraude ou le dol est une cause de nullité lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties ou à sa connaissance sont telles que, sans cela, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé."

"J'ai déjà constaté qu'en cette affaire, continue le juge Mathieu, le consentement avait été obtenu par dol et fraude. Ce consentement s'est trouvé invalidé par ce dol. Un consentement invalidé (art. 998) équivaut à l'absence de consentement. S'il n'y avait pas eu de consentement du tout de la part de Lighthall, l'acte serait nul vis-à-vis du mis en cause, et s'il y a eu consentement invalidé l'acte doit être nul de la même manière que s'il n'y avait pas eu de consentement du tout."

Ce jugement a été renversé par la Cour d'Appel(1), mais sur le motif que le demandeur, au moyen des déclarations qu'il avait faites dans l'acte de vente, avait induit le tiers à transiger.

En 1882, également, la Cour de Revision, siégeant à Montréal, a eu à juger la cause de Normandin et Normandin et Demers et les Religieuses Carmélites d'Hochelaga et al.(2), et, dans un jugement confirmé en appel(3), a décidé: "Que si l'article 1032 du Code civil confère à tout créancier la faculté d'attaquer en son nom personnel des actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, il n'est pas dit que ce soit sans égard aux intérêts des tiers étrangers à la fraude; que loin de là, il ressort de l'esprit général de nos lois que la fraude ou simulation des actes n'est imputable qu'à ses auteurs ou à leurs complices, et ne saurait réagir contre les tiers qui l'ont ignorée, ni porter atteinte au contrat qu'elle a pu favoriser ou faire naître à leur profit".

(1) 8 L. N., 152.

(2) 11 R. L., 596.

(3) 3 D. C. A., 332.

En 1892, dans une cause de Lefebvre vs. Goyette(1), la Cour de Revision, siégeant à Montréal, a eu l'occasion de se prononcer sur ces matières.

Il s'agissait dans cette cause d'un cas où un tuteur, avant de rendre compte conformément à l'article 311 C. C., avait acquis une propriété immobilière appartenant au mineur, et sur laquelle il avait transigé avec des tiers étrangers.

C'est le juge Pagnuelo qui rendit le jugement unanime de la Cour, et il examine au long les différents aspects de la question sous étude.

Le savant magistrat cite, pour l'approuver, la décision des tribunaux dans la cause de Normandin, qui se prononce sur le cas de l'acte annulé pour fraude vis-à-vis des créanciers, et il cite l'article 1938 C. C. comme raison de cette décision ou plutôt de son approbation.

Article 1038 C. C.: "Un contrat à titre onéreux fait avec l'intention de frauder de la part du débiteur, mais de bonne foi de la part de la personne avec qui il contracte, ne peut être annulé, sauf les dispositions particulières au cas de faillite".

Il ajoute que si le contractant était de mauvaise foi et que le débiteur le fut aussi, les droits accordés par l'acquéreur devraient être maintenus.

"Or il est certain, continue ce magistrat, d'après la jurisprudence ancienne et moderne et la presque unanimité des auteurs que dans tous les cas, la rescision du titre entraîne la nullité des aliénations faites par celui dont le titre est rescindé pour une de ces causes (lésion, erreur, violence ou dol, etc.)."

"L'incapable ne peut donner un consentement valable; il ne peut contracter.

"L'engagement étant nul, n'existant pas, ne peut conférer aucun droit à la partie qui prétend contracter avec l'incapable."

"L'objet de la loi en établissant les incapacités était de protéger les incapables contre leur ignorance, leur inexpérience ou contre les influences qu'ils subissent. Ce but ne peut être

(1) 2 C. S., 203.

atteint que si la nullité, provenant de la personne du contractant, produit son effet dans quelque main que passe l'objet du contrat.

"L'incapacité du contractant imprime à son consentement un vice qui suit l'objet du contrat en quelque main qu'il passe."

Et dans l'espèce qu'il étudiait, le juge Pagnuelo, en faisant l'application de ces principes, en vient facilement à la conclusion que les aliénations ou transactions faites par un tuteur, sans s'être conformé à l'article 311 C. C., seraient frappées de nullité.

Donc, en résumé, en vertu de cette étude du juge Pagnuelo, ce n'est que dans le cas d'annulation d'une transaction immobilière en vertu de l'article 1032 que les hypothèques judiciaires enregistrées sur l'immeuble contre l'acquéreur seraient valides (1).

Enfin, la cause de Barsalou et al. vs. Mainville et al. et The Royal Institution for the Advancement of Learning(2), a fourni l'occasion à la Cour d'Appel de fixer la jurisprudence en ces matières.

En effet, en 1895, le juge Pagnuelo rendant jugement dans cette cause, s'était prononcé comme suit: "Considérant que la rescision d'un acte fait en fraude des créanciers ne préjudicie point aux acquéreurs de bonne foi à titre onéreux".....

Cette cause fut portée en appel(3):

"Dans cette cause, la question à résoudre, dit le juge Lacoste, est la suivante: Une hypothèque, consentie en faveur d'un tiers de bonne foi, par l'acquéreur d'un immeuble, dont le titre est attaqué en vertu de l'article 1032 C. C. comme fait en fraude des créanciers vaut-elle dans le cas où le jugement annulerait le titre?"

La Cour a donc posé la question dans toute sa clarté, et la réponse devra être finale. Le savant juge, sans discuter la cause plus au long, cite les jugements dans les causes de Normandin et de Lefebvre et Goyette et dit que la Cour accepte cette jurisprudence.

(1) Gifford et Germain, 1 R. de J., 234.

(2) 8 C. S., 321.

(3) 5 J. R., 383.

En conséquence, à la question posée, ce jugement répond dans l'affirmative; mais s'il s'agissait d'un titre annulé pour incapacité ou dol, etc., la réponse serait nécessairement négative.

120.— Dans les causes ci-dessus, cependant, l'hypothèque avait été consentie ou prise avant l'introduction de l'instance, mais dans la dernière cause, l'hypothèque n'avait été concédée que depuis l'institution de l'action, bien qu'avant le jugement, et cette modalité de l'espèce est étudiée par le même magistrat dans les termes suivants, en partie:

“Une hypothèque consentie depuis l'institution de l'action mais avant le jugement qui annule l'acte, est-elle valide?”

Le demandeur avait fait enregistrer son action ou un avis qu'il prenait action, et cet enregistrement avait été fait avant l'enregistrement de l'hypothèque en question, mais la Cour s'est peu occupée du dit enregistrement, qui, semble-t-il, n'est pas prévu dans le code et dont le seul effet aurait pu être de mettre en mauvaise foi le créancier hypothécaire qui en aurait pris connaissance.

Le juge Lacoste, après avoir convenu que la plupart des auteurs français concluent à la nullité de cette hypothèque et aussi que les acquéreurs poursuivis dans ces circonstances en nullité d'acte s'empresseront de vendre ou d'hypothéquer la propriété et rendront ainsi l'action inefficace, en vient tout de même à la conclusion que cette hypothèque est valide.

Ceux qui enseignent que l'hypothèque est nulle disent que l'effet des jugements remonte au jour de l'institution de l'action, qu'ainsi l'acquéreur, postérieur au procès, vu que le titre de son auteur est annulé, par cet effet rétroactif du jugement, se trouve à acquérir d'un aliénateur dont les droits étaient entachés de vice, et qu'il faut appliquer l'article 2038.

Mais le juge ajoute: “Je crois que dans notre système, les tiers de bonne foi sont d'abord protégés.

“... Si le jugement en nullité devait, par lui-même, lier des tiers, pourquoi, la nécessité de son inscription (Article 2153).

“... Le tiers de bonne foi n'est-il pas, dans un sens, plus éloigné de la fraude, qui a vicié l'acte de son auteur, que ne

l'est le créancier qui en demande la nullité ? N'était-ce pas à ce dernier de surveiller son débiteur et de prévenir une fraude qui mettait sa dette en péril ? Le tiers de bonne foi transige avec un parfait étranger et sa sauvegarde est tout entière dans les entrées au bureau d'enregistrement.

"... Que l'auteur n'ait pas pu transmettre plus de droits qu'il en avait, je le conçois, et j'accepterais cette doctrine, si je ne la croyais pas modifiée par nos lois d'enregistrement."

121.—La personne qui acquiert un immeuble sous condition résolutoire devient immédiatement propriétaire avec les droits qui découlent de la propriété, droits d'aliéner et d'hypothéquer. Mais il est de l'essence de ce droit d'être résoluble et en conséquence l'hypothèque subira le même sort que les droits du concédant : "*Résoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*".

Ceci s'applique parfaitement à l'hypothèque judiciaire et n'est qu'une application pure et simple de l'article que nous étudions.

L'exemple que l'on cite le plus souvent, comme acquisition sous condition résolutoire, est la vente à réméré. La vente contenant une clause résolutoire à défaut du paiement du prix en est une autre.

122.—Il est intéressant de prendre la vente à réméré comme type, et d'étudier cette vente quant à l'hypothèque qui pourrait être prise par un créancier soit de l'acquéreur soit de l'aliénateur.

Quant à l'acquéreur, son cas ne souffre aucune difficulté : son créancier peut inscrire une hypothèque judiciaire qui vaudra ou ne vaudra pas, suivant les circonstances : si le réméré est exercé, l'hypothèque judiciaire tombe, sinon, elle est valide.

Ceci découle clairement de l'article 2038 et est conforme à l'interprétation de tous les auteurs et de la jurisprudence.

Une question, cependant, que l'on peut se poser est la suivante : Quels sont les droits de ce créancier hypothécaire sur le prix de l'immeuble remboursé à son débiteur ; a-t-il une préférence en vertu de son hypothèque ?

Nous ne le croyons pas: l'hypothèque disparaît totalement et complètement, est censée n'avoir jamais existé, puisque l'acquéreur est censé n'avoir jamais été propriétaire; en conséquence, ce créancier n'aura aucun privilège sur le prix de l'immeuble et deviendra simple créancier chirographaire et n' partagera qu'au marc la livre.

"Nous(1) n'hésitons pas à dire, tant que la loi n'en aura pas décidé autrement, que les créanciers privilégiés et hypothécaires n'ont aucun droit de préférence sur les sommes à payer ou à restituer à leur débiteur, à la suite de l'exercice d'une action en revendication, en nullité, en rescision ou en résolution."

123.—Si la position de l'acquéreur dans une vente à réméré est claire, et si en conséquence les droits de ses créanciers ne prêtent pas à équivoque, la nature du droit du vendeur ou aliénateur avec clause de réméré, et en conséquence les droits de ses créanciers porteurs de jugements sont le sujet d'une vive controverse et chez nous et en France.

Cet aliénateur a-t-il un droit réel dans la chose, ou n'a-t-il qu'un droit de créance ou d'action contre son acquéreur avant l'exercice de son droit de réméré?

S'il a un droit réel, il peut vendre de nouveau le même immeuble, l'hypothéquer, et ses créanciers peuvent inscrire leurs jugements contre lui.

S'il n'a pas un droit réel, ils ne peuvent ce faire.

La question se pose d'ordinaire ainsi: Cet aliénateur a-t-il un "*jus in re*" ou seulement un "*jus ad rem*"?

Il est assez curieux de noter qu'en France et en notre province la jurisprudence a décidé que ce n'était qu'un *jus ad rem*, tandis que la plupart des auteurs en France professent l'opinion contraire, et ici les meilleurs commentateurs de notre code, MM. Langelier et Mignault, partagent l'opinion de leurs collègues français.

Le sujet est intéressant et mérite que nous examinions rapidement les raisons apportées de part et d'autre.

En résumé, il semble que les auteurs donnent de très bonnes raisons à l'appui de leur opinion, mais il est sûrement plus

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 293.

pratique d'adopter l'opinion de nos cours d'appel, et de dire que le vendeur n'a qu'un *jus ad rem*, et que ses créanciers ne peuvent inscrire d'hypothèques contre lui.

124.—En notre province, la jurisprudence n'a pas toujours été constante, comme le démontrera une courte revue des principaux arrêts.

En 1885, le juge Casault, dans une cause de Lemieux v. Lemieux et King (1), a décidé que le vendeur avait un "*jus in re*".

En 1888, la Cour d'Appel, dans une cause de Hainault vs. Chapdelaine(2), en est venue à la même conclusion.

"Dans le système de notre code, dit ce jugement, comme du Code Napoléon, l'on peut ne méconnaître cette qualité de droits égaux sur le même immeuble, et du vendeur et de l'acheteur sous faculté de réméré. La seule différence entre les deux, c'est que, en attendant l'avènement de la condition résolutoire pour l'un, suspensive pour l'autre, les attributions ordinaires de la propriété sont dévolues à l'acquéreur, afin de satisfaire au principe que les biens ne doivent pas rester improductifs. Mais la condition pour les deux est tellement la même dans ses effets, que d'un côté, si le vendeur reprend son immeuble aux conditions stipulées, l'acquéreur est censé n'avoir jamais acquis; de l'autre côté, si le vendeur n'exerce pas le réméré dans le délai fixé, l'acquéreur reste propriétaire incommutable; il est censé par la loi l'avoir toujours été depuis la vente."

En 1903, dans une cause de Sirois vs. Carrier(3), le juge Cimon s'est rallié à la jurisprudence précédente.

Mais cette cause a été portée en appel(4), et cette cour, par un jugement unanime, s'est prononcée en sens contraire.

Le juge Blanchet, en rendant le jugement de la Cour et en parlant de la cause de Hainault et Chapdelaine, nie que dans cette cause la Cour se soit prononcée formellement en la matière: ce en quoi, il nous semble, les textes lui donnent tort.

Voici quelques unes des remarques de ce magistrat:

(1) 8 L. N., 117.

(2) 32 L. C. J., 84.

(3) 24 C. S., 434.

(4) 13 B. R., 242.

"Il ne s'ensuit pas cependant que, dans l'intervalle entre la vente et le rachat, le vendeur et l'acquéreur ont été tous deux propriétaires, le premier sous condition suspensive et le second sous condition résolutoire, et il me paraît beaucoup plus conforme aux règles de droit énoncées par notre Code, surtout pour la protection des tiers, de dire que le vendeur s'est dépouillé de tous ses droits en faveur de l'acquéreur qui les exerce d'une manière aussi absolue que lui-même, car il peut prescrire contre lui aussi bien que contre les tiers, (article 1553 C. C.), et que, lorsque le vendeur exerce la faculté de réméré, la vente se trouvant résolue de plein droit, il reprend immédiatement l'exercice absolu des mêmes droits, par le seul effet de la convention intervenue entre lui et l'acquéreur, et s'il les reprend exempts des charges dont ce dernier a pu les grever, c'est parce qu'il ne pouvait accorder aux tiers des droits plus étendus que ceux qu'on lui avait transmis."

Ce jugement a été porté à la Cour Suprême(1), mais ce tribunal a déclaré que, vu le montant en jeu, il n'avait pas juridiction en la matière.

Enfin, en 1910, la Cour d'Appel a eu l'occasion de se prononcer de nouveau sur le même sujet dans une cause de Lepage vs. Létourneau(2).

Voici ce que dit, en partie, le juge Archambault, juge en chef actuel de cette cour:

"Nous sommes d'opinion que le jugement de cette Cour, dans la cause de Sirois vs. Carrier, est absolument bien fondé, et que le droit du vendeur à réméré est un droit "*ad rem*" et non un droit "*in re*".

Ces arrêts doivent nécessairement faire autorité en notre province.

Il ne faut pas conclure cependant que les tribunaux décident que c'est un droit qui ne peut être cédé, car, au contraire, il a été déclaré dans la cause de Sirois vs. Carrier que c'est un droit cessible. Mais puisque c'est un "*jus ad rem*" simple-

(1) 36 C. S. C., 221.

(2) 20 B. R. 266.

ment, ce ne sera que le transport d'un droit personnel ou de créance, qui ne sera pas susceptible d'hypothèque(1).

125.—La plupart des auteurs français enseignent, avons-nous dit, que le vendeur a un *jus in re*. MM. Aubry et Rau sont parmi les rares auteurs qui préconisent l'idée contraire(2).

La jurisprudence(3) en France est à l'effet que le droit du vendeur est un "*jus ad rem*" bien qu'il y ait des arrêts en sens contraire.

126.—Le principal argument de ceux qui disent que le vendeur a un "*jus in re*" est que, s'il exerce son réméré, il est censé avoir toujours été propriétaire, et l'acheteur ne l'avoir jamais été, donc, si on nie le droit de propriété au vendeur, personne n'aurait été propriétaire pendant l'intervalle entre la vente et le rachat.

Nous voyons difficilement quant à nous comment il est possible de refuser de reconnaître qu'en théorie au moins le vendeur a un droit réel dans la chose. Car il a bien un droit suspendu dans la chose, il a le droit de l'aller chercher entre les mains de qui que ce soit et de la lui réclamer; ainsi c'est bien dans la chose et non pas personnellement contre son acquéreur qu'il fera valoir ses droits. De plus, il ne peut jamais être question pour lui de voir son droit se résoudre en dommages-intérêts seulement. Les créanciers du vendeur ont le droit de le forcer à profiter de son réméré, si son abstention de le faire leur est préjudiciable, et ce en exerçant ses droits à ses lieu et place (Art. 1031 C. C.). Ses droits seraient donc positifs et non pas seulement une espérance, puisque ses créanciers auraient toujours le droit de faire revenir cet immeuble entre les mains du débiteur.

Ceux qui professent l'opinion contraire citent les articles de notre Code Civil et disent, puisqu'en vertu de l'article 1553 l'acheteur a tous les droits, le vendeur n'en a plus.

(1) Baudry-Lacantinerie et Saignat, *vo* Vente, page 568; 6 Langelier, article 2038; 7 Mignault, page 154.

(2) 3 Aubry et Rau, p. 445; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *vo* Vente, 641; Thézard, 51.

(3) 23 Fuzier-Herman, page 725.

Nous avons dit que l'action immobilière n'est pas susceptible d'hypothèque et, en conséquence, même si l'on décidait que l'action du vendeur à réméré est immobilière, l'on ne pourrait conclure que cette action est susceptible d'hypothèque.

127.—L'individu qui acquiert un immeuble ou aliène un immeuble sous condition suspensive peut valablement l'hypothéquer, et, en conséquence, ses créanciers peuvent également inscrire leurs jugements sur icel¹.

C'est la décision unanime et des auteurs et de la jurisprudence.

En effet, l'aliénateur sous cette condition conserve la propriété tant que la condition ou l'événement ne s'est pas réalisé, et il exerce sur elle tous les droits du propriétaire.

Il est évident, cependant, que les hypothèques suivront le sort de la propriété, et, si la condition ne s'accomplit pas, les hypothèques tiendront.

L'acquéreur sous cette condition, bien que non encore propriétaire, a les mêmes droits que l'autre; et, si la condition s'accomplit, ses hypothèques vaudront, mais dans cette éventualité seulement: "*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*".

Ceux qui prétendent que l'aliénateur sous condition résolutoire a un "*jus in re*" donnent sa position comme exemple du propriétaire sous condition suspensive.

Dans le cas d'une vente sous cette condition, et les créanciers de l'acheteur et ceux du vendeur pourront inscrire leurs jugements sur le même immeuble, mais, à un certain moment, les hypothèques de l'un devront disparaître, et, en vertu de la fiction de la rétroactivité du droit de celui qui restera propriétaire, il ne sera censé n'y avoir jamais eu qu'un seul propriétaire(1).

(1) 3 Aubry et Rau, page 444; 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1315; Hamel et Proteau, 15 C. S., 619; Latour et l'Heureux, 16 C. S., 484.

CHAPITRE IV

EFFETS DE QUELQUES LOIS SPÉCIALES SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

SOMMAIRE. 128—Généralités. 129—Immeubles possédés par indivis. 130—Valeur de l'hypothèque sur ces immeubles—Remarques préliminaires. 131—Appréciation. 132—Article 731 C. C. 133—Auteurs. 134—Jurisprudence. 135—Titre insuffisant. 136—Terre du colon. 137—Immeubles vendus pour taxes municipales. 138—Immeubles sur lesquels certains droits n'ont pas été payés.

128.—Les matières que nous traiterons dans ce chapitre se rattachent à celles étudiées dans le chapitre précédent et sont soumises aux règles générales y énoncées, telles que modifiées par certaines lois spéciales dont nous nous proposons d'examiner les effets ou conséquences.

129.—Le créancier de celui qui possède par indivis un immeuble peut-il inscrire son jugement sur cette propriété et s'assurer ainsi d'une hypothèque judiciaire ?

L'affirmative est la seule réponse possible et ne souffre aucune discussion. Le débiteur, en effet, est propriétaire de sa part et rien dans la loi empêche le créancier d'y exercer ses droits.

Nous irons même plus loin, et, nous basant sur l'article 2043 C. C. et sur les auteurs français, nous dirons que, de même que ce débiteur pourrait accorder une hypothèque conventionnelle sur tout ou partie de l'immeuble, ainsi le créancier pourrait inscrire son jugement de manière à ce que tout ou partie seulement de l'immeuble y soit affecté.

Voici comment se lit cet article 2043 C. C. : "L'hypothèque consentie par un débiteur sur un immeuble dont il est en possession comme propriétaire, mais dont il n'a pas un titre suffisant, a son effet à compter de la date de son enregistrement, si le débiteur y obtient ensuite un titre parfait; sauf néanmoins les droits des tiers."

La même règle s'applique aux jugements rendus contre un débiteur dans les mêmes circonstances.

130.—Quel sera l'effet de cette hypothèque judiciaire; vaudra-t-elle envers et contre tous et en toutes circonstances ?

C'est une question à laquelle il n'est pas facile de répondre et qui a soulevé, et chez nous et en France, la controverse la plus vive.

Citons d'abord les articles de notre Code Civil qui gouvernent la matière.

L'article 2021 C. C.: "L'hypothèque sur une portion indivise d'un immeuble ne subsiste qu'en autant que, par le partage ou autre acte qui en tiennent lieu, le débiteur demeure propriétaire de quelque partie de cet immeuble; sauf les dispositions contenues en l'article 731."

Cet article n'est que la conséquence de l'article 746 C. C., qui dit: "Chaque co-partageant est censé avoir succédé seul et immédiatement à toutes les choses comprises dans son lot, ou à lui échues sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres biens de la succession".

Ce dernier article est basé sur l'article 883 du Code Napoléon, dont le texte est semblable.

Nous ne trouvons aucun article semblable à notre article 2021 dans le code français.

En vue de ces articles et dans les cas où ils s'appliquent, l'hypothèque inscrite suivra les éventualités du partage ou de la cessation de l'état d'indivision.

L'article 746 ne s'applique évidemment qu'aux successions, mais l'article 2021 est beaucoup plus général et paraît s'étendre à toutes espèces d'indivision.

Ces deux articles reposent sur une fiction de droit. En effet, le partage en notre droit n'est pas translatif, mais est simplement déclaratif de propriété, et celui qui, en vertu du partage, devient propriétaire de tout l'immeuble, est censé l'avoir toujours été, et c'est pour cette raison que les hypothèques créées du chef des autres propriétaires par indivis ne valent rien.

Cette fiction est créée dans le but surtout de faciliter les partages et d'empêcher les procès dans les familles. Et il nous semble qu'il ne faut pas perdre cette idée de vue en traitant cette matière, ce qui aura pour effet de limiter l'application trop rigoureuse de la loi.

Nous croyons aussi que ces articles doivent s'appliquer sur-tout aux cas où il y a plusieurs lots à diviser entre les héritiers; d'un autre côté, des arrêts et des auteurs en étendent les prescriptions à toutes sortes d'indivision.

Remarquons qu'il ne s'agit pas ici de restreindre les droits des créanciers du défunt; quant à eux, que l'immeuble soit ou non possédé par indivis, ils exercent leurs droits sur icelui comme ils l'entendent.

De plus, si l'hypothèque résultait d'un jugement rendu contre tous les propriétaires par indivis, l'hypothèque vaudrait quel que soit le résultat du partage, car ce ne serait plus l'hypothèque sur une partie indivise, mais sur le tout, et dont chacun des propriétaires serait responsable, et la règle ordinaire trouverait son application.

Ajoutons que si l'état d'indivision est un désavantage pour l'héritier, il n'est pas obligé d'y rester (Article 689 C. C.).

Et quant aux créanciers, s'il y a fraude ou si le débiteur agit au préjudice de leurs droits lors du partage, ils ont le recours de l'action paulienne ou de toute autre action que de droit.

131.— Il y a une tendance marquée chez les auteurs et qui s'est retrouvée dans la jurisprudence, et en France et ici, d'interpréter ces articles rigoureusement et de déclarer que, toujours en et toutes circonstances, l'hypothèque suivait le sort du partage et ne donnait jamais ni droit de suite, ni droit de préférence.

Mais la jurisprudence la plus récente en notre province a apporté un correctif à cette interprétation de la loi.

L'état d'indivision cesse ou à l'amiable ou en justice.

Si c'est à l'amiable, c'est par le partage ou toute autre transaction de même nature. Voir article 747 C. C.

Si c'est en justice, c'est par licitation.

Si la licitation met fin à l'indivision, ce qui arrive lorsque pour une raison ou pour une autre le partage à l'amiable est impossible ou ne peut être consenti entre majeurs, et toujours lorsqu'il y a des mineurs ou des interdits, alors en vertu de notre jurisprudence la plus récente, les créanciers hypothécaires ont droit de préférence sur le prix, mais n'ont pas le droit de suite.

Et cette interprétation de la loi paraît sage puisqu'elle ménage les droits de tous sans détruire la fiction mentionnée plus haut. En effet, pour celui dans le lot duquel tombe la propriété, c'est-à-dire l'adjudicataire, l'hypothèque disparaît, il paye le prix et peu lui importe qui y a droit et le reçoit. D'un autre côté, c'est juste envers les créanciers hypothécaires qui sont ainsi préférés aux créanciers chirographaires.

Nous supposons toujours qu'il s'agit du cas où ce n'est pas celui qui a concédé l'hypothèque qui reste propriétaire du tout, car évidemment dans cette alternative, l'hypothèque subsisterait et produirait tous ses effets légaux.

Si, d'autre part, le partage a lieu à l'amiable, la jurisprudence semble vouloir restreindre l'effet de l'article 2021 aux cas où l'immeuble reste dans le lot de l'un des co-héritiers.

Ainsi, s'il y a vente à un tiers étranger, ou s'il y a vente entre deux co-propriétaires, l'hypothèque subsisterait.

Quant à la vente à un tiers, la raison que donnent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes pour qu'elle ne soit pas traitée comme un partage est que chaque co-héritier est censé vendre sa part à ce tiers(1).

La vente par un co-propriétaire à l'autre n'est pas un partage bien qu'elle mette fin à l'indivision et le motif de la règle de l'article 2021 n'existe pas: ce n'est pas une transaction de famille.

Ainsi, en résumé, semble-t-il, l'hypothèque ne disparaîtrait avec tous ses effets que dans le cas où plusieurs co-héritiers sont propriétaires par indivis de plusieurs immeubles, et que l'immeuble sur lequel un des propriétaires a donné hypothèque écherrait à un de ses co-héritiers, en vertu du partage.

Dans notre opinion, il sera toujours plus prudent pour le créancier, qui pourra le faire utilement, de saisir et faire vendre la partie indivise de l'immeuble appartenant à son débiteur plutôt que d'y inscrire seulement son jugement.

182.—L'article 2021 mentionne l'article 731. Voici ce qu'il prescrit:

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1370.

Article 731 C. C.: "Lorsque le rapport se fait en nature, si l'immeuble rapporté a été affecté d'hypothèques ou charges, les co-partageants ont droit à ce que le donataire ou le légataire les fasse disparaître; s'il ne le fait, il ne peut rapporter qu'en moins prenant.—Les parties peuvent cependant convenir que le rapport aura lieu en nature; ce qui se fait sans préjudice aux créanciers hypothécaires, dont la créance est chargée au rapportant dans le partage de la succession".

Dans ce cas, le créancier hypothécaire est donc protégé. Et la raison en est toute simple, croyons-nous; il n'est pas du tout dans la même position que l'autre dont le débiteur possédait par indivis.

Dans le cas d'indivision, en effet, le créancier était averti que les droits de son débiteur étaient plus ou moins étendus et pouvaient être résolus par le partage: l'examen du titre était suffisant pour le renseigner. Tandis que dans le second cas, au bureau d'enregistrement, le débiteur paraissait être le propriétaire à toutes fins que de droit de l'immeuble en question et il aurait été souverainement injuste vis-à-vis du créancier que de le priver de son hypothèque prise ou inscrite, alors que tout lui indiquait qu'il avait bien le droit de la prendre. C'est une des conséquences de nos lois d'enregistrement.

Y a-t-il lieu de distinguer entre les cas où cette hypothèque serait inscrite avant ou après l'ouverture de la succession?

Nous ne le croyons pas, car tant que le rapport n'est pas fait, c'est toujours l'héritier qui apparaît comme propriétaire pur et simple au bureau d'enregistrement et du reste il l'est réellement.

Le rapport d'ailleurs est facultatif pour l'héritier (article 728 C. C.); et rien ne l'oblige à prendre décision avant le moment même du rapport, et, comme conséquence, il est propriétaire jusqu'à ce moment et l'immeuble est le gage commun de ses créanciers.

188.—L'opinion des auteurs paraît conforme à ces principes(1).

(1) 3 Mignault, page 555 et seq. et 613 et seq.; Revue du Notariat, 5ème volume, p. 308; 2 R. L. (N. S.), p. 78 et seq; 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1320; 3 Aubry et Rau, p. 446; Thézard, 52; 23 Fuzier-Herman, 1677 et seq.

134.—Citons enfin, rapidement, quelques jugements rendus par nos tribunaux et se rapportant à cette matière.

Une des premières décisions rapportée depuis le code est celle du juge Chagnon, en 18⁷⁴, dans une cause de Monette et Molleur(1).

Dans cette affaire, un homme et son épouse en communauté de biens possédaient un immeuble. La femme décède et laisse ses enfants comme héritiers de sa moitié indivise. Le mari donne une hypothèque à un nommé Monette sur la terre, qui est ensuite vendue et revendue jusqu'à ce qu'elle tombe entre les mains de Molleur. Puis il y eut licitation et ensuite la présente action contre, non pas l'adjudicataire, mais le propriétaire précédent, sous prétexte que la licitation était nulle.

Le juge a décidé que l'hypothèque avait été complètement éteinte par la licitation et, bien qu'aucune réclamation ne fût faite pour avoir une préférence sur le prix, il est évident, d'après la teneur du jugement, que celle-ci n'aurait pas été accordée.

Nous doutons fort si de nos jours ce jugement serait confirmé, attendu d'abord qu'il n'y avait qu'un seul immeuble et non plusieurs immeubles en jeu, qu'il y avait non seulement des co-héritiers, mais aussi un tiers étranger en cause et que la transaction ressemble beaucoup plus à une vente qu'à un partage; et quant à la préférence sur le prix, elle aurait certainement été accordée de nos jours, si elle avait été réclamée, en vue de la jurisprudence que nous examinerons plus loin.

En 1893, dans une cause de Varin et Guérin(2), la Cour de Revision, siégeant à Montréal, a rendu un jugement maintenant une hypothèque dans les circonstances suivantes: Un nommé Guérin avait hypothéqué sa moitié indivise d'une propriété provenant de la communauté de biens existant entre lui et son épouse décédée. Son fils était son co-propriétaire et il lui vendit sa moitié.

L'action hypothécaire prise contre le fils fut maintenue.

(1) 6 R. L., 561.

(2) 3 C. S., 30.

Voici un des considérants de ce jugement, qui renversait celui du juge Ouimet: "Considérant que Louis Guérin pouvait valablement hypothéquer et vendre comme il l'a fait sa moitié indivise dans l'immeuble en question, que cette vente n'a pas et ne peut avoir aucun caractère de licitation entre co-héritiers, que l'action hypothécaire était bien dirigée contre la moitié indivise du dit Louis Guérin".

Ce jugement est en sens contraire de celui précédemment cité et paraît être une interprétation raisonnable de notre droit. Et cela parce que, dans notre sentiment, il faut interpréter cette partie du code strictement et ne pas l'étendre attendu que c'est du droit d'exception, et qu'il ne s'agissait pas dans cette cause d'un réel partage.

En 1893, le juge Doherty, dans une cause de Brunet vs. dame Bruneau et vir(1), est allé encore plus loin dans l'interprétation rigoureuse des principes de l'indivision et bien qu'il y eut licitation et acquisition du lot en question par un tiers étranger, maintenant l'action de ce dernier en radiation de l'hypothèque résultant de la vente entre les co-héritiers de certaines parties indivises du lot et constituant la garantie du bailleur de fonds.

En 1900, dans une cause de Bruneau et la Banque Jacques-Cartier(2), la Cour d'Appel a mitigé la rigueur de cette interprétation en renversant un autre jugement du juge Doherty, et ce jugement de la Cour d'Appel fait encore autorité aujourd'hui.

Voici quelques-unes des remarques faites par le juge Wurtele, en rendant le jugement unanime de la Cour:

"With respect to incumbrances the effect of the forced or judicial sale and of the licitation of an immoveable is the same; in both cases the immoveable is discharged from the hypothecs which affected it and the purchaser acquires a clear title. The right of the hypothecary creditor to follow the property in the hands of a party other than his debtor ceases to exist, and what remains is his right of preference on the price which has been placed in the hands of justice for distribution. . . . And

(1) 4 R. de J., 484.

(2) 16 B. R., 525.

the rights of preference which were imposed upon his share of the immoveable are transferred to his share of the price and are exercised by his hypothecary creditors upon it.

".....Nothing in article 2021 takes away the right of preference..... The partition or licitation has the same effect as a sheriff's sale which discharges the property sold from the hypothecs which existed at the time of the sale, but does not destroy the efficiency of such hypothec upon the proceeds of the sale which represent the property.

".....Of course these principles only apply when a share of the price is allotted to the debtor; if the price is all allotted to other co-partitioners, there is then no money of the debtor on which the right of preference can be exercised and the right to follow and the right of preference cease to exist."

Il ne faudrait pas cependant conclure de ce jugement, et d'ailleurs ses termes même le défendent, que les articles 2021 et 746 n'ont plus d'application.

En effet, la Cour de Revision, siégeant à Montréal, en 1910, dans une cause de Owens vs. Chopin (1), a ordonné la radiation d'une hypothèque créée du chef d'un des co-héritiers sur sa part indivise dans un lot qui en vertu d'un partage échet à un autre co-héritier.

Dans une cause de Cartier et Boudreau(2), dans laquelle jugement fut rendu, en 1911, par la Cour de Revision, siégeant à Québec, le juge Lemieux discute cette matière et expose les principes de notre droit conformément à la jurisprudence précédente.

135.—On peut concevoir qu'une personne possède à titre de propriétaire un immeuble bien qu'elle n'ait pas un titre suffisant ou parfait, tel serait le cas de celui qui est en voie d'acquérir une propriété au moyen de la prescription.

L'article 2043 C. C. énonce en ces termes la loi à ce sujet:

"Article 2043 C. C.: "L'hypothèque consentie par un débiteur sur un immeuble dont il est en possession comme propriétaire, mais dont il n'a pas un titre suffisant, a son effet à compter

(1) 39 C. S., 213.

(2) 41 C. S., 127.

de la date de son enregistrement, si le débiteur y obtient ensuite un titre parfait; sauf néanmoins le droit des tiers.

"La même règle s'applique aux jugements rendus contre un débiteur dans les mêmes circonstances."

Ainsi, le créancier de celui qui est en voie de prescrire pourrait enregistrer son jugement sur la propriété et si, au moyen de la prescription ou autrement, elle tombe définitivement dans le patrimoine du débiteur, l'hypothèque judiciaire vaudra à partir de sa date d'enregistrement; si, au contraire, la prescription est interrompue et le véritable propriétaire reprend sa propriété, l'hypothèque judiciaire n'aura aucune valeur légale.

136.— L'article que nous venons de lire a été proposé par les Commissaires spécialement dans le but de fixer le droit au sujet des colons, tel qu'il appert par cet extrait de leur rapport(1):

"L'article 75 (2043) a en vue certains individus qui sont en possession, mais n'ont pas encore de titre; tels sont les occupants de terres sous billets de location et autres".

Il est douteux, cependant, qu'aujourd'hui cet article puisse s'appliquer aux colons de terres de la Couronne, parce que le billet de location semble être une vente véritable et leur situation légale serait réglée plutôt par l'article 2038.

A tout événement, qu'ils soient affectés par les prescriptions de l'un ou de l'autre de ces articles, il est évident que s'il n'y a pas de loi spéciale à leur sujet, une hypothèque judiciaire pourrait être inscrite sur leurs lots. En effet, si on considère leur titre comme un simple permis d'occupation, alors l'article 2043 le permettrait. d'un autre côté si c'est une vente, ils seraient propriétaires, sous condition résolutoire et en vertu de l'article 2038 leurs lots seraient sujets à l'hypothèque. Dans l'un et l'autre cas, l'hypothèque judiciaire subirait le même sort que leur titre, qui serait soit révoqué, soit confirmé.

Telle serait la conclusion à laquelle il faudrait en venir en vertu de la loi générale, mais il y a des lois spéciales qui gouvernent le cas des colons établis sur les terres de la Couronne.

Il n'est pas sans intérêt de lire cette législation et de tenter d'en déterminer la portée au point de vue qui nous occupe,

(1) Rapport des Commissaires, vol. 3, p. 59.

c'est-à-dire du droit d'un créancier d'inscrire une hypothèque judiciaire sur un lot occupé par un colon, en vertu d'un billet de location ou de Lettres Patentes récemment émises.

Voici l'article 2091 des Statuts Refondus de la Province de Québec:

"Les terres publiques octroyées aux colons de bonne foi, sous forme de billets de location, permis d'occupation, certificats de vente, ou autres titres semblables. . . . ne peuvent, tant que les Lettres Patentes ne sont pas émises, être engagées ou hypothéquées, par jugement ou autrement, ni être saisies et exécutées, pour aucune dette quelconque, à moins que ce ne soit pour le prix de telle terre et pour le paiement de taxes municipales et scolaires, frais de voirie, et répartition pour construction d'église, presbytère et cimetière, et ce nonobstant les articles 1980 et 1981 du Code civil, et les articles 613 et 614 du Code de procédure civile.

"Toutefois, ce droit d'exemption de la saisie et exécution ne doit pas s'étendre à plus de cinq ans de la date du billet de location, etc."

L'article 2092 des mêmes Statuts ajoute encore aux privilèges du colon en lui permettant dans les trois mois qui suivent l'émission des Lettres Patentes de se créer sur son lot un patrimoine de famille (Homestead), qui sera exempt de toute saisie et exécution pendant quinze ans à compter d'une déclaration à cet effet dûment enregistrée, de manière cependant à ce que cette exemption ne s'étende jamais au-delà de vingt ans, y compris les cinq ans mentionnés dans l'article précédent.

Quels sont donc les droits du créancier du colon pendant les cinq premières années et après ce laps de temps, au cas où il n'obtient pas de Lettres Patentes, et au cas où il en obtient, et suivant qu'il se choisisse ou non un patrimoine ?

Pendant les cinq premières années de sa possession, l'article est si formel dans ses termes, que nous ne croyons pas même que le créancier du colon puisse enregistrer son jugement sur son lot. . . . Il ne pourra l'exécuter en faisant vendre cet immeuble pendant ce temps.

doit être considéré comme hors du commerce et non susceptible de recevoir aucune hypothèque, soit conventionnelle ou judiciaire.

Il est vrai que le seul fait d'enregistrer un jugement, sans chercher à l'exécuter, ne troublera pas réellement le colon, mais il nous semble que la loi refuse même ce droit au créancier.

Si au bout de ces cinq ans le colon n'obtient pas des Lettres Patentes, son créancier pourra enregistrer son jugement et l'hypothèque acquise suivra la loi générale.

D'autre part, si après l'expiration de ces cinq ans, le colon obtient des Lettres Patentes, mais ne se choisit pas un patrimoine alors le créancier pourra enregistrer son jugement sur tout le lot, car son débiteur ne sera protégé par aucune loi spéciale.

Si, au contraire, le colon choisit un patrimoine, son créancier pourra évidemment enregistrer son jugement sur la partie du lot non comprise dans le patrimoine, mais quant à l'autre partie, le créancier ne pourra y enregistrer son jugement pendant les quinze années mentionnées dans l'article 2092, car ce patrimoine est déclaré insaisissable et on devra y appliquer la loi au sujet des biens insaisissables sur lesquels aucun jugement ne peut être inscrit parce qu'ils sont en même temps cessibles et que l'inscription d'un jugement aurait précisément pour effet de rendre inefficace ou impossible toute cession.

137.— Dans le cas de biens vendus pour taxes municipales et pendant les deux années pendant lesquelles ils sont sujets au retrait, un créancier de l'acheteur peut-il y inscrire une hypothèque judiciaire ?

La réponse est évidemment affirmative. Cet acquéreur est propriétaire, l'immeuble est dans son patrimoine et fait partie du gage de ses créanciers; mais l'hypothèque suivra le sort de son droit et la résolution de ce droit, par l'exercice de la faculté de retrait, entraînera la nullité de l'hypothèque.

Cette vente(1), dit-on, n'a pas le même effet qu'une vente par le shérif, mais elle devra pour le moins avoir autant d'effet qu'une vente volontaire.

(1) Kennedy vs Godmaire, 19 R. de J. 438.

Quant aux créanciers du propriétaire primitif, qui n'avait pas soldé le montant de ses taxes, peuvent-ils également inscrire leurs jugements ?

Si nous assimilons ce cas à celui du vendeur à réméré, il faudrait répondre négativement; et nous ne voyons pas de différence entre ces deux cas. Cet ancien propriétaire n'a pas plus de droits que le vendeur à réméré: tous deux, sur paiement d'un certain montant, ont le droit absolu et formel de reprendre possession de la propriété vendue; mais la jurisprudence décide quant au droit du vendeur à réméré qu'il n'a qu'un droit éventuel et non un droit réel dans la chose susceptible d'hypothèque. Il nous semble que cette jurisprudence doit également s'appliquer au cas du propriétaire de biens vendus pour taxes municipales.

138.—Avant qu'un héritier ou légataire puisse transporter les immeubles qu'il a reçus d'une succession ou en vertu d'un testament, il doit payer certains droits au gouvernement sous peine de voir l'acte frappé de nullité.

Un créancier de cet héritier ou légataire peut-il avant que ces droits ne soient payés prendre hypothèque judiciaire sur la propriété ?

Nous ne parlons pas du créancier du *de cujus* qui évidemment peut inscrire son jugement.

Voici l'article des Statuts Refondus de la Province qui décrète cette nullité:

Article 1380, sec. 6: "Nul transport des biens d'une succession n'est valide et ne constitue un titre, si les droits payables en vertu de la présente section n'ont pas été payés; et aucun exécuteur, fidei commissaire, administrateur, curateur, héritier ou légataire ne peut consentir à un transport, ni paiement des legs, à moins que ces droits n'aient été payés, ou à moins qu'un certificat n'ait été délivré par le percepteur du revenu de la Province à l'effet qu'aucun droit n'est exigible....".

L'héritier ou le légataire est saisi immédiatement; dès l'ouverture de la succession, le bien tombe dans son patrimoine, or le créancier a le droit, en vertu de la règle générale, de prendre hypothèque judiciaire sur tous les biens de son débiteur; l'ar-

ticle cité est une loi d'exception, qui est une entrave à la liberté de disposer et elle doit être interprétée rigoureusement; elle dit que les transports seront nuls, mais ne mentionne pas les hypothèques: nous en concluons donc que le créancier de l'héritier pourra inscrire son jugement.

Ce créancier pourra-t-il de plus exécuter son jugement avant le paiement des droits? nous ne parlerons pas de l'exercice du droit de suite, car, vu que l'héritier ne peut disposer de la propriété, il ne peut en être question.

Cela nous paraît douteux et il nous semble que le créancier devra laisser son hypothèque à l'état latent sur la propriété jusqu'à ce que les droits soient payés.

En effet, il est difficile de concevoir que le créancier qui, au moyen d'une exécution forcée, exerce tout simplement les droits de son débiteur, pourrait par l'intermédiaire du shérif accorder un titre valide, alors que le débiteur lui-même ne le peut.

On objectera peut-être que le gouvernement a un privilège sur la propriété pour le paiement des droits et qu'il ne paraîtra pas devoir souffrir par le fait d'une vente forcée; mais les termes de l'article sont si formels que nous croyons qu'aucun transport, qu'il soit le résultat d'une vente volontaire ou d'une vente forcée, ne peut-être légalement exécuté.

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE I

JUSQU'À QUELLE ÉPOQUE PEUT-ON ENREGISTRER UN JUGEMENT?—EMPÊCHEMENTS.

SOMMAIRE. 139—Jusqu'à quelle époque peut-on enregistrer un jugement? 140—Aliénation de l'immeuble. 141—Connaissance d'un droit antérieur. 142—Jurisprudence. 143—Auteurs. 144—Bénéfice d'inventaire. 145—Droit français. 146—Droit canadien. 147—Immeuble sous saisie. 148—S'il y a expropriation. 149—S'il n'y a pas expropriation. 150—Jurisprudence. 151—Adjudication par le shérif. 152—Droit français.

139.—Nous avons dit que certains jugements produisent toujours une hypothèque judiciaire, quelle que soit l'époque où ils sont rendus, et nous avons démontré que ces jugements pouvaient être enregistrés immédiatement sur les immeubles du débiteur.

La question qui se pose maintenant est la suivante: jusqu'à quand peut-on enregistrer un jugement?

La règle générale est qu'il n'y a aucun délai fatal. Un créancier a toujours le droit d'inscrire son hypothèque qui a légalement pris naissance, tant que l'hypothèque elle-même n'est pas éteinte au moyen de quelque mode légal et tant que l'immeuble du débiteur n'a pas été légalement aliéné.

Cette règle découle du principe que tous les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers, et que ceux-ci peuvent exercer contre le débiteur et sur ses biens tous les recours que la loi leur accorde.

Donc, si l'hypothèque a encore existence légale et si le débiteur est encore propriétaire aux yeux de la loi, le créancier, porteur du jugement, peut inscrire son hypothèque, à moins que la loi, dans un cas spécial, ne le lui défende pour quelque motif aussi spécial.

Or, dans le but d'éviter des fraudes et des injustices à l'égard d'autres créanciers, le code a restreint le droit du créancier, porteur du jugement, quant à l'acquisition et à l'enregistre-

ment de l'hypothèque judiciaire, en vue de certains événements légaux ou de certains changements d'état du débiteur.

Au cours de ce chapitre et du suivant, dans le but de rechercher dans quels cas la loi enlève au créancier le droit d'inscrire une hypothèque ou enlève certains effets à cette hypothèque, si elle est inscrite, nous nous proposons d'étudier successivement, et à ce point de vue, les sujets suivants: la connaissance acquise d'un droit antérieur non enregistré, le bénéfice d'inventaire, la saisie immobilière, l'adjudication par le shérif, la déconfiture ou l'insolvabilité et la faillite.

140.— Nous ne nous attarderons pas à démontrer que l'aliénation valide de l'immeuble, faite par le débiteur et parfaite aux yeux de la loi, est un obstacle à l'enregistrement du jugement du créancier: ce principe est évident en soi et il suffit de l'énoncer pour en voir la vérité.

En effet, cet immeuble n'appartient plus au débiteur, il n'est plus dans son patrimoine, et le créancier ne peut plus le traiter comme son gage. La raison, et la seule raison, pour laquelle le créancier pouvait inscrire son hypothèque sur cet immeuble, était parce qu'il appartenait à son débiteur, or l'aliénation, en faisant disparaître cette raison, a fait disparaître en même temps le droit du créancier.

141. Nous établirons dans un autre chapitre que le créancier de l'aliénateur d'un immeuble peut y enregistrer son jugement malgré l'aliénation, pourvu que le titre d'acquisition n'ait pas encore été enregistré.

Mais, il est possible que ce créancier aurait eu connaissance de cette vente ou autre transaction non enregistrée et, ce cas échéant, aurait-il encore le droit d'enregistrer son jugement, ou serait-il alors censé commettre une fraude qui le priverait de ce droit ou du moins du bénéfice de son hypothèque, s'il avait enregistré quand même?

L'article 2085 C. C. répond à cette question dans les termes suivants:

“L'avis reçu ou la connaissance acquise d'un droit non enregistré appartenant à un tiers et sujet à la formalité de l'enregistrement, ne peut préjudicier aux droits de celui qui a acquis

depuis pour valeur, en vertu d'un titre dûment enregistré, sauf les cas où l'acte procède d'un failli."

Nous aurons l'occasion d'examiner plus tard le cas de faillite.

Cet article, qui reproduit l'ancien droit, est tiré en substance de l'article 1071 du Code Napoléon qui établit la même règle quant à la substitution.

Cet article s'applique-t-il à l'hypothèque judiciaire? Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement.

Il ne s'applique pas à une donation ou cession à titre gratuit, et la raison bien simple en est indiquée dans le Rapport des Commissaires(1), sous le titre dix-huitième, comme suit: "Il eut été exorbitant d'étendre cette faveur à un donataire ou acquéreur à titre gratuit; c'eût été élargir la porte à la fraude et augmenter des pertes et des maux que l'ordonnance avait pour objet de faire disparaître".

Et cela se conçoit facilement, rien n'eût été plus facile, en effet, pour un vendeur que de frauder son acquéreur en donnant le bien vendu à un tiers qui, lui, se serait empressé de faire enregistrer son titre.

L'article parle de "celui qui a acquis depuis pour valeur". Il ne peut s'agir simplement d'une acquisition de la propriété toute entière; un acquéreur qui n'aurait fait l'acquisition que d'une partie tomberait évidemment sous l'effet de cet article, car celui qui peut vendre le tout peut vendre une partie. Et comme conséquence le vendeur aurait pu emprunter et donner une hypothèque, et le créancier enregistrant cette hypothèque aurait bien acquis depuis pour valeur; en effet, l'hypothèque est un démembrement partiel de la propriété.

Si, au lieu d'une hypothèque conventionnelle, il s'agissait d'une hypothèque judiciaire, le principe reste le même, et il n'y a aucune raison pour refuser au créancier, porteur de l'hypothèque judiciaire, ce qui est accordé au créancier à qui appartient l'hypothèque conventionnelle.

La raison d'être de la règle posée par l'article que nous étudions se trouve dans la faveur accordée à l'enregistrement des droits réels. Ici, comme toujours, le but du législateur est

(1) Vol. 3, p. 63.

d'assurer la publicité de ces droits, or c'est une nouvelle sanction qui y est apportée. Les droits réels ne sont pas censés exister à l'égard des tiers tant qu'ils ne sont pas enregistrés. Rien ne peut suppléer à cet enregistrement et aucune connaissance préalable ne peut le faire. D'ailleurs, le tiers n'est pas même supposé avoir cette connaissance qu'il ne peut acquérir que par l'enregistrement qui, dans l'hypothèse que nous supposons, n'a pas eu lieu.

Cette règle peut paraître injuste vis-à-vis du premier acquéreur, mais la loi avait à choisir entre deux maux et encore ici elle a choisi le moindre, en protégeant et maintenant intacte et sauve la théorie de la publicité des droits réels.

De plus, le second acquéreur ne commet aucune fraude vis-à-vis du premier, puisqu'il fait quelque chose qui lui est permis par la loi; il profite d'un avantage à lui accordé par le législateur et ne peut en conséquence être accusé de ce chef de fraude ou de dol.

Quant au vendeur, c'est différent: il se rend clairement coupable de fraude et de dol vis-à-vis du premier acquéreur et il commet l'offense appelée stellionat qui le rend passible de différents châtiments en outre de tous dommages-intérêts.

L'article ne devrait pas recevoir son application, si le droit réel subséquent, et, dans le cas qui nous occupe, le jugement, a été obtenu par fraude ou dol entre le propriétaire qui a vendu à un premier acquéreur et le créancier. La loi n'a pas pour but de protéger ou encourager la fraude; et elle ne protège le second acquéreur que parce qu'il est présumé légalement être de bonne foi.

Ainsi dans le cas de dol ou de fraude, l'inscription pourra être annulée, mais non pas à cause de la connaissance préalable d'un droit antérieur, mais précisément à cause de cette fraude ou de ce dol.

Enfin, cette interprétation de l'article est bien conforme aux principes généraux en ces matières de droits réels ou d'enregistrement, à savoir: qu'une vente ou autre transaction de ce genre, bien que parfaite et complète entre les deux parties contractantes par le seul consentement d'icelles, n'est valable

à l'égard des tiers que si elle est rendue publique par un moyen légal, c'est-à-dire, par l'enregistrement.

142. Nous avons une jurisprudence considérable sur l'interprétation de cet article, dont l'étude ne serait pas complète sans citer quelques uns des principaux jugements rendus.

Dans une cause de Farmer et Devlin(1), la Cour d'Appel, dès 1874, décida en refusant de mettre de côté une seconde vente, que: "Considering that this deed to Devlin was not a mere simulation, and cannot be held fraudulent upon any proof made by plaintiff, seeing our registry system and article 2085 of the Civil Code".

L'extrait ci-dessus est tiré du jugement de la Cour Supérieure, mais fut approuvé par la Cour d'Appel.

Ajoutons que, lorsque dans ce chapitre nous avons parlé de fraude ou de dol, nous comprenons et incluons évidemment, tout ce qui ne serait pas conforme à la loi: ainsi toute acquisition simulée ne donnerait aucun droit au second acquéreur à l'encontre d'un créancier qui aurait enregistré.

En 1887, dans une cause de Charlebois et Sauvé(2), la Cour de Revision, siégeant à Montréal, s'est prononcée dans le même sens. Cette cause offre beaucoup de ressemblance avec la première excepté que dans celle-ci il s'agissait d'un donataire. La décision du tribunal fut au même effet, et c'est assez logique, puisqu'il n'y a certainement pas plus d'importance de protéger un donataire qu'un acquéreur.

Dans ces deux causes, la question de savoir s'il y avait eu fraude entre le propriétaire et le second acquéreur a été discutée et l'on peut facilement tirer la conclusion de la nature et de la portée de cette discussion que, si cette fraude avait été prouvée, le second acquéreur n'aurait pas eu gain de cause.

En 1888, la Cour du Banc de la Reine, dans une cause de Roy vs. Lavoie(3), a confirmé un jugement du juge Larue touchant ce sujet.

Le juge Larue avait décidé que, si le second acquéreur connaissait, avant d'acquérir, des erreurs contenues dans la des-

(1) 15 R. L., 621.

(2) 15 R. L., 653.

(3) 16 R. L., 277.

cription du titre du premier acquéreur, qui avait d'ailleurs enregistré en temps et lieu, il n'avait pu être trompé et ne pouvait légalement être présumé l'avoir été, et que la préférence dans ce cas devait être donnée au premier acquéreur.

Dans cette espèce, le second acquéreur voulait, en effet, profiter d'une erreur susceptible de correction; le premier acquéreur avait rempli toutes ses obligations et s'était conformé à la loi de la publicité, mais une simple erreur s'était glissée dans son titre et il aurait semblé très injuste de lui faire perdre ses droits à cause d'un fait qui ne dépendait pas de sa volonté et dont le second acquéreur ne pouvait souffrir.

En 1901, la Cour de Revision, siégeant à Montréal, dans une cause de *Barbe vs. Barbe et al.*(1), s'est exprimée, pour partie, en ces termes:

"Ce second acquéreur sera souvent de mauvaise foi; cependant le législateur assure la validité de son titre et annule le titre antérieur non enregistré. La mauvaise foi est proche parente de la fraude, mais le législateur est dominé par l'idée que la stabilité des titres doit être assurée et que la publicité par l'enregistrement est le seul moyen d'y parvenir; d'autant qu'il ne soumet l'acquéreur qu'à une formalité facile à remplir. Les inconvénients du présent système ont paru moins grands que ceux résultant de titres clandestins, même accompagnés de possession".

Enfin, dans la cause de *Aunais vs. Ranger*(2), le juge Archibald a maintenu une action hypothécaire prise par le demandeur contre le défendeur qui était en possession de certain immeuble contre lequel le demandeur avait enregistré un jugement, bien que cette propriété eût, avant cette époque, été vendue au défendeur qui n'avait pas enregistré son titre, et malgré le fait que le demandeur connaissait l'existence de cette vente lorsqu'il avait enregistré son jugement.

143.—En France, les auteurs(3), bien qu'il n'y ait pas dans le Code Napoléon un article général semblable au nôtre,

(1) 20 C. S., 119.

(2) 28 C. S., 269.

(3) Thésard, 137; 3 Aubry et Rau, p. 484.

l'article 1071 de ce code ne s'appliquant qu'en matière de substitution, soutiennent la même doctrine que celle de nos tribunaux.

"L'inscription de l'hypothèque, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes(1), est le seul mode de publicité reconnue par la loi Par conséquent, les tiers acquéreurs et les créanciers peuvent invoquer l'absence d'inscription ou le défaut de renouvellement de l'inscription, contester la validité ou l'efficacité de l'inscription requise, sans avoir à craindre qu'on leur oppose la connaissance qu'ils auraient eue de l'hypothèque avant de traiter avec le débiteur. Cette règle comporterait exception dans le cas de fraude ou de dol."

144.—Il est intéressant de se demander quels sont, au point de vue de l'inscription d'une hypothèque, les droits d'un créancier, qui a obtenu une hypothèque de son débiteur ou qui a obtenu jugement contre lui au cas où ce dernier meurt avant l'enregistrement de l'hypothèque, et cela à cause surtout de la différence qui existe à ce sujet entre notre droit et le droit français.

145.—En France, le deuxième alinéa de l'article 2146 du Code Napoléon se lit ainsi: "Il en est de même (c'est-à-dire que les inscriptions ne produisent aucun effet) entre les créanciers d'une succession si l'inscription n'a été faite par l'un d'eux que depuis l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire".

Voici, en partie, le commentaire de MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes sur cet article(2):

"Un débiteur, dont les immeubles sont grevés de privilèges ou d'hypothèques, vient à mourir; les créanciers, qui n'ont pas pris inscription avant son décès, peuvent se mettre en règle si la succession du débiteur est acceptée purement et simplement; l'inscription sera prise alors sous le nom du défunt ou sous celui de ses héritiers, au choix du créancier. Mais si la succession du débiteur n'est acceptée que sous bénéfice d'in-

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1441.

(2) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1571.

ventaire, la formalité de l'inscription ne peut plus être utilement remplie."

L'on donne en France comme motifs de cette règle, entr'autres, que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire implique l'insolvabilité, ou encore que l'inscription est comme une confirmation de l'hypothèque ou enfin que le débiteur disparaissant de la scène et n'ayant pas de continuateur, la liquidation de ses biens est censée se faire au moment de sa mort et que personne ne peut acquérir contre sa succession plus de droits qu'il n'en avait à ce moment.

Cependant, les auteurs⁽¹⁾ critiquent et ces raisons et la disposition même de la loi, et considèrent qu'au lieu d'être régi par cette loi, le bénéfice d'inventaire devrait être assimilé au cas de faillite.

Remarquons qu'en France, comme chez nous d'ailleurs, en vertu de l'article 644 C. C., l'effet de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire remonte jusqu'au jour de l'ouverture de la succession, en conséquence peu importe que l'hypothèque soit inscrite avant ou après l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

Donc, sous le Code Napoléon, dans le cas d'acceptation pure et simple, point de difficulté: la loi générale suit son cours; au cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, il n'est pas permis d'inscrire une hypothèque.

146.— Dans notre droit, qui, sur ce point, est plus sage que le droit français, tel qu'il est implicitement admis par les commentateurs du Code Napoléon eux-mêmes, puisqu'ils prônent l'adoption de lois semblables aux nôtres en cette matière, le deuxième alinéa de l'article 2146, cité ci-dessus, n'est pas reproduit. Et nous avons la certitude que les Commissaires l'ont omis à dessein puisqu'à plusieurs endroits, et notamment sous les articles qui sont devenus les articles 2090 et 2091 du Code Civil, ils mentionnent l'article 2146 du Code Napoléon, mais sans reproduire nulle part l'alinéa en question.

D'ailleurs, cette partie de notre droit est tirée plutôt de notre propre législation coloniale que du droit français⁽²⁾.

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1571-1575; 3 Aubry et Rau, p. 550-551.

(2) Rapport des Commissaires, vol. 3, p. 63.

Après ces remarques générales, nous posons donc la question suivante: Peut-on enregistrer un jugement après la mort du débiteur sur un immeuble qui lui appartenait et y a-t-il une différence si sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire ou purement et simplement?

Il s'agit ici évidemment d'un jugement obtenu avant la mort de ce débiteur.

Puisque la loi ne fait aucune exception pour ce cas, il faut appliquer la loi générale: or en vertu de celle-ci, l'on peut toujours inscrire. Nous croyons donc qu'attendu qu'il n'y a aucun empêchement légal, la mort du débiteur n'affecte pas le droit de son créancier d'inscrire son hypothèque et cela que sa succession soit ou non acceptée sous bénéfice d'inventaire.

D'ailleurs, les règles concernant la faillite et la déconfiture s'appliquent aussi bien à sa succession qu'au débiteur lui-même et sont une garantie pour ses autres créanciers, dont la position, si elle n'est pas améliorée, ne sera pas rendue pire par la mort du débiteur.

Les articles 605, 606 et 135 C. P. permettent même l'exécution des jugements après la mort du débiteur, tout en prescrivant certaines formalités.

Et si l'exécution est permise, à plus forte raison, évidemment, l'enregistrement du jugement le sera.

Mais ici nous le répétons, il ne s'agit pas d'exécuter un jugement, ni d'acquérir de nouveaux droits, mais simplement de prendre une mesure conservatoire et de donner effet aux droits acquis du vivant du débiteur, droits acquis sur les biens d'icelui et que sa mort ne peut enlever ni amoindrir.

Comme argument additionnel, l'on peut ajouter que la jurisprudence est à l'effet qu'un créancier peut parfaitement poursuivre l'héritier bénéficiaire; il serait donc un non-sens que de lui refuser une mesure purement conservatoire en lui prohibant d'inscrire son jugement.

Dans une cause de *Picard vs. l'Hôpital-Général*(1), au cours d'un jugement très intéressant et très élaboré, et après une longue revue et de la jurisprudence et des commentaires des

(1) 26 C. S., 159.

auteurs, le juge Larue en vient à la conclusion que l'héritier bénéficiaire est un héritier qui jouit de certains privilèges, mais qui peut être poursuivi tout comme l'héritier pure et simple, et cela sans mise et demeure ou autres formalités.

En conséquence et en résumé, dans notre droit, rien n'empêche l'enregistrement d'un jugement contre les biens du débiteur décédé, que sa succession soit acceptée sous bénéfice d'inventaire ou non.

147.—Si un immeuble a été mis sous la main de la justice en vertu d'un bref d'exécution, un créancier du débiteur peut-il faire enregistrer sur icelui son jugement dans le but de donner vie à son hypothèque ?

Nous devons répondre affirmativement à cette question. De même que ce créancier pourrait bien aussi faire émaner un bref d'exécution, il n'y a aucun doute qu'il peut aussi enregistrer son jugement : car, en vertu des principes généraux, le bien de son débiteur est son gage et il peut prendre tous les moyens légaux possibles pour se protéger, pourvu qu'il n'y ait aucun texte de loi qui lui enlève un de ses recours. Or, pour le cas qui nous occupe, il n'y en a pas de cette nature.

Maintenant se pose l'importante question : quel sera l'effet de cet enregistrement ?

Il faut lire immédiatement les articles 2091 C. C. et 715 C. P.

2091 C. C. : "Il en est de même (est sans effet) de l'enregistrement effectué après la saisie de l'immeuble, lorsque cette saisie est suivie d'expropriation judiciaire".

Cet article autorise implicitement cet enregistrement puisqu'il dit qu'il sera sans effet au cas d'expropriation judiciaire. Donc, s'il n'y a pas d'expropriation judiciaire, cet enregistrement aura un effet quelconque.

C'est dire en d'autres termes que le seul fait de cet enregistrement dans des conditions ordinaires ne donnerait pas lieu, en faveur de qui que ce soit, à une action en radiation.

En effet, il y aura expropriation ou non : dans la première hypothèse, le décret purgera cette hypothèque avec les autres, (V. art. 781 C. P.) et alors l'action en radiation serait inutile ;

s'il n'y a pas expropriation, l'enregistrement aura droit d'existence et l'action en radiation ne serait pas fondée.

L'article 715 C. P.: "A compter de la saisie, le débiteur ne peut aliéner les immeubles saisis sous peine de nullité".

"Néanmoins, l'aliénation a son effet si la saisie est déclarée nulle, ou si, avant le jour fixé pour l'adjudication, l'acheteur ou le débiteur consigne entre les mains du shérif une somme suffisante pour acquitter les réclamations du créancier au nom de qui la saisie a été faite, ainsi que celle des créanciers dont les brefs d'exécution ont été notés; et le montant ainsi déposé est immédiatement payé par le shérif au créancier qui y a droit".

Quant à l'hypothèque judiciaire, cet article ne modifie d'aucune façon l'article 2091, qui règle le cas de cette hypothèque, et même si cet article 715 n'existait pas, nos conclusions seraient nécessairement les mêmes. Cet article se rapporte aux aliénations provenant du fait ou de la volonté du débiteur.

Il n'y a rien dans cet article qui prohibe ou empêche l'enregistrement soit d'une aliénation ou d'un jugement. Il développe davantage et dans le même sens l'idée du législateur telle que contenue dans l'article 2091 C. C.

Les deux articles se complètent et se confirment, dans l'un il s'agit du droit lui-même, dans l'autre de son enregistrement.

L'article 2091 empêche que l'on puisse enregistrer un droit réel, tel qu'une hypothèque judiciaire, acquis avant la saisie.

148.—La lecture de ces articles fait voir que le but du législateur est de protéger le saisissant. Ainsi, aussitôt que la saisie est faite, si elle est suivie d'expropriation, aucun autre créancier ne peut acquérir de nouveaux droits sur cet immeuble au détriment du saisissant.

En effet, le texte de l'article 2091 est formel. Et le but de l'enregistrement est précisément de régler les rapports des créanciers entre eux: du moment où la saisie est prise, personne ne peut changer les droits de chacun. C'est le terme fixé par le législateur; dès cet instant, l'immeuble est mis sous séquestre et chacun est appelé à exercer les droits acquis sur icelui.

S'il en était autrement, il est clair que l'exécution des jugements deviendrait illusoire vu qu'un créancier pourrait se faire préférer en enregistrant son jugement au détriment du saisissant, et que de plus le chemin serait ouvert tout large à la fraude.

Si, donc, il y a expropriation judiciaire, l'enregistrement est sans effet, et le créancier ne sera évidemment pas colloqué autrement qu'au marc la livre, s'il y a lieu, c'est dire que son hypothèque enregistrée n'aura aucun effet quelconque. Et c'est là la portée de cet article.

Il ne faut pas perdre de vue que les créanciers antérieurs, ainsi que les acquéreurs, peuvent se protéger et qu'il n'en tient qu'à eux de le faire. Si, donc, par négligence ou insouciance ils perdent des droits ou un recours, de quel droit se plaindraient-ils ?

Malgré cet article 2091, il a été soutenu devant nos tribunaux, et certains jugements ont approuvé cette doctrine, qu'il était permis d'enregistrer, après la saisie, une aliénation faite antérieurement. Il n'entre pas dans le cadre de ce travail de prendre part à cette controverse, excepté pour voir jusqu'à quel point cette doctrine, si elle prévalait, pourrait affecter l'hypothèque judiciaire.

Notons de suite que personne que nous sachions n'a jamais prétendu d'ailleurs, même parmi ceux qui enseignent cette doctrine, l'appliquer à l'hypothèque judiciaire. Ces gens disent : il est vrai que nul enregistrement ne peut être fait après la saisie, mais il faut que cette saisie soit légale, or si l'immeuble avait été précédemment aliéné, la saisie aurait été faite illégalement, puisque l'immeuble n'est plus dans le patrimoine du débiteur ; en conséquence permettre l'enregistrement d'une aliénation antérieure ne serait pas contredire l'article 2091.

Cependant, si l'on admettait qu'un acquéreur antérieur aurait le droit d'enregistrer après saisie, ne faudrait-il pas admettre la même chose pour le créancier hypothécaire qui aurait obtenu son hypothèque avant la saisie et de même aussi pour le créancier porteur de jugement ?

Nous ne le croyons pas, car les rapports des créanciers entre eux sont définitivement réglés par l'article 2091.

Et de plus, si on admettait cette doctrine quant à l'hypothèque judiciaire, la conséquence en serait qu'un créancier pourrait enregistrer son jugement tandis que l'autre ne pourrait saisir, vu que le créancier de l'aliénateur peut toujours enregistrer son jugement tant que le titre de l'aliénation n'a pas été enregistré.

En France, tant que la saisie n'est pas inscrite elle ne produit aucun effet vis-à-vis les tiers, et si nous avions dans notre droit l'obligation d'enregistrer la saisie, cela aurait eu pour effet de trancher toutes les difficultés qui se soulèvent.

Il est vrai de dire, cependant, qu'en vertu des articles 2161 D et suivants, l'enregistrement de la saisie a pratiquement lieu, bien que ce ne soit pas là évidemment un véritable enregistrement de droits réels avec les conséquences qui en découlent.

149.—S'il n'y a pas expropriation comme conséquence de la saisie, l'hypothèque produira tous ses effets juridiques, tout comme s'il n'y avait eu aucun obstacle dès le commencement. Il est impossible d'interpréter l'article autrement. Et c'est juste, car, si le saisissant n'avait pas saisi, l'hypothèque aurait été valide; alors au cas où, pour une raison quelconque, les procédures sont discontinuées, il n'y a aucune raison de priver le créancier diligent du bénéfice de son hypothèque.

Les procédures sur la saisie n'auront pas de suite si elle est annulée par jugement sur contestation ou encore si le créancier saisissant en donne main-levée; et c'est dans des cas semblables qu'il peut-être dit que la saisie n'est pas suivie d'expropriation.

150.—Dans une cause de Larose et Brouillard(1), la Cour d'Appel a rendu un jugement intéressant sur l'application de cet article 2091. Il a, en effet, été décidé, dans cette espèce, que l'enregistrement d'une hypothèque conventionnelle effectué après une saisie, mais avant qu'une seconde saisie ait été notée et vu que la première saisie avait été réglée, donnait droit de

(1) 19 L. C. J., 125.

préférence sur le second saisissant qui n'était que créancier chirographaire; et cela, malgré que le second créancier avait continué les premières procédures et pris un bref de "*venditioni exponas*". La Cour a considéré que la seconde saisie n'avait originé qu'après l'enregistrement de l'hypothèque en question.

Cette espèce pourrait également s'appliquer à l'hypothèque judiciaire.

L'un des considérants intéressants de ce jugement est le suivant:

"Considérant que l'article 2091, qui déclare sans effet l'hypothèque enregistrée depuis la saisie de l'immeuble hypothéqué, lorsque cette saisie est suivie d'expropriation, est fondé sur la présomption de l'insolvabilité et de la déconfiture du débiteur sur qui la saisie a été pratiquée, à l'époque où cet enregistrement a eu lieu et que cette présomption est entièrement détruite lorsque, comme dans le cas actuel, le créancier qui avait fait la saisie a été payé en entier et que la vente n'a eu lieu qu'à la poursuite du créancier postérieur à la date de l'enregistrement de l'hypothèque."

Ce jugement pousse évidemment à l'extrême limite l'interprétation de l'article 2091, mais nous ne croyons pas que le contraire ait été décidé.

La Cour Supérieure, dans une cause de *Drouin vs. Hallé*(1), a maintenu une opposition de la part d'un acquéreur qui n'avait enregistré son titre qu'après la saisie, parce qu'une saisie ne crée pas de droits réels sur une propriété et qu'il n'y a aucune raison de préférer une saisie à une vente.

Ce jugement, même s'il est bien fondé, ne pourrait s'appliquer au cas d'une hypothèque judiciaire parce qu'alors il s'agirait d'un créancier qui cherche à primer un autre, tandis que dans l'espèce du jugement il s'agissait d'un acquéreur qui voulait protéger ses droits acquis.

Dans une cause de *Dufresne vs. Dixon* (2), qui est allée jusqu'à la Cour Suprême, l'enregistrement d'une rétrocession fait après une saisie, alors que l'acte avait été exécuté avant icelle, fut

(1) 7 Q. L. R., 146.

(2) 32 L. C. J., 80; 16 S. C. R., 506.

maintenu, parce que la saisie avait été faite "*super non domino*", en contravention avec l'article 799 C. P.

Cet argument ne pourrait s'appliquer à l'hypothèque judiciaire, car, s'il se fût agi d'un droit de cette nature, la saisie n'aurait pu être déclarée illégale et il aurait fallu appliquer l'article 2091.

Dans les deux derniers jugements que nous avons cités, il a d'ailleurs été nié que l'article 2091 pouvait y recevoir son application.

Cette manière d'interpréter la loi n'est pas sans soulever de la controverse; et quelques années après la date du dernier jugement cité, savoir, en 1892, le juge Pagnuelo dans une cause de *Latimer vs. Lajeunesse et Grisé*(1), s'est prononcé comme suit: "Considérant que le vendeur demeure propriétaire, à l'égard des tiers, jusqu'à l'enregistrement de l'acte de vente, et que, partant, ses créanciers peuvent valablement saisir l'immeuble, comme la propriété du vendeur qui est réputé posséder à titre de propriétaire."

Dans cette dernière cause il s'agissait d'une vente, qui, bien qu'elle avait été faite avant la saisie, n'avait été enregistrée qu'après(2).

Enfin, en 1909, dans une cause de *Côté et Lefebvre* (3), le juge Cross, rendant jugement en Cour d'Appel, a dit: "...After a seizing creditor has placed moveables under seizure and in judicial custody, no third person, party to the action, can acquire rights upon such moveables to the prejudice of the seizing creditor."

Dans cette cause, il s'agissait de biens meubles, mais par analogie le jugement s'appliquerait également aux immeubles.

151.— Nous avons déterminé quels sont les droits d'un créancier, porteur de jugement, après qu'une saisie a été faite: il peut enregistrer contre le débiteur ou propriétaire, mais la validité de son hypothèque dépend du sort de la saisie.

(1) 1 C. S., 407.

(2) Pagnuelo, 2 R. L. (N. S.), 19.

(3) 18 B. R., 523.

Nous supposons maintenant un cas où la saisie a été suivie d'expropriation judiciaire et nous nous demandons si, immédiatement après la vente par le shérif, le créancier de l'adjudicataire peut faire enregistrer son jugement contre lui et obtenir une hypothèque valide.

Nous avons vu que, quant aux créanciers du débiteur ou propriétaire, l'immeuble est réellement hors du commerce pendant quelque temps, pendant que la saisie est en vigueur: et puisque dans ce cas-ci, elle est suivie d'expropriation, ils ne peuvent acquérir sur cet immeuble plus de droits qu'ils n'en ont au moment de la saisie. Il ne peut donc plus être question ni d'eux ni de leurs droits.

Il se présente un nouveau propriétaire, à partir de quel moment ses créanciers pourront-ils prendre une hypothèque judiciaire sur cet immeuble?

Ce ne sera que de l'instant où l'adjudication et le transfert de la propriété seront complets et complétés envers et contre tous.

L'article 778 C. P. dit: "L'adjudication n'est parfaite que par le paiement du prix, et elle transfère alors la propriété à compter de sa date".

En conséquence, il appert que l'adjudication n'est pas parfaite avant le paiement et qu'il ne peut être question pour le créancier d'acquérir hypothèque sur cet immeuble avant ce paiement.

De plus, le titre du shérif est sujet aux prescriptions de l'article 2098, qui ordonne la transcription de tout acte entre-vifs transférant la propriété d'un immeuble et qui ajoute que, jusqu'à ce que l'enregistrement du titre de l'acquéreur ait lieu, ce dernier ne peut consentir aucune hypothèque sur icelui.

Or, il n'y a rien dans la loi qui exempte le titre du shérif de l'enregistrement: c'est bien un acte entre-vifs qui transfère la propriété et les termes de l'article sont aussi généraux que possible.

Le shérif lui-même est obligé de faire enregistrer le titre qu'il consent. V. 2155 C. C.

Nous disons donc que, non seulement faudrait-il que le prix soit payé, mais de plus que le titre du shérif soit enregis-

tré avant que le créancier, porteur de jugement, puisse acquérir hypothèque judiciaire.

Notre jurisprudence est à cet effet.

Dans une cause de Dufresne et Dixon(1), l'un des considérants du jugement de la Cour Supérieure était comme suit: "Que toute transmission d'immeubles, de quelque manière qu'elle se produise, est soumise à l'enregistrement pour être valablement invoquée à l'encontre des tiers, et que rien n'exempte de cette formalité le titre qu'octroie le shérif de la vente par lui effectuée, vu les articles 2089 et 2098 du code civil".

Dans une cause de Lemieux vs. Mitchell et al. et le shérif de Montréal(2), le juge Pagnuelo a rendu une décision dans le même sens. Il s'agissait dans cette cause de la validité d'une hypothèque judiciaire enregistrée contre un immeuble qui avait été vendu par le shérif, enregistrement effectué par un des créanciers de l'adjudicataire, mais avant le paiement du prix et l'enregistrement du titre du shérif. L'adjudicataire transporta à un tiers ses droits à l'adjudication et le shérif accorda un titre à ce tiers qui l'enregistra. Le créancier poursuivait hypothécairement ce second adjudicataire et le juge Pagnuelo le débouta de son action.

Après avoir cité l'article 2098, le magistrat dit, en partie: "Considérant que la raison qui a déterminé le législateur à donner à la chose jugée la sanction d'une hypothèque, c'est son désir d'assurer l'exécution des arrêts de la justice; qu'il l'a, pour ce motif, restreinte aux immeubles appartenant au débiteur lors de l'enregistrement du jugement et de l'avis décrivant l'immeuble; qu'ainsi l'hypothèque judiciaire n'affecte que les immeubles qui peuvent être saisis, et que le débiteur pourrait hypothéquer lui-même.

"Considérant que l'adjudicataire ne peut, avant d'avoir payé le prix d'adjudication, obtenir un titre à l'immeuble; et qu'ayant obtenu le titre, il ne peut consentir aucun droit réel sur l'immeuble avant d'avoir fait enregistrer son titre; que, pour le même motif, le dit immeuble ne peut être saisi sur l'adjudi-

(1) 32 L. C. J., 80.

(2) 18 C. S., 528.

cataire avant que le prix d'adjudication ne soit payé, ni être affecté d'une hypothèque judiciaire accordée par la loi, moyennant l'accomplissement des formalités prescrites, dans le cas où le débiteur ne pourrait valablement l'accorder lui-même."

152.—En France, toute discussion sur ces matières de saisie et d'adjudication est simplifiée par des textes formels, qui concernent ces sujets et qui ordonnent la transcription et de la saisie et du jugement d'adjudication sur saisie immobilière.

Voici les articles 686 et 717 du Code de procédure civile français:

Article 686: "La partie saisie ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie, aliéner des immeubles saisis, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer".

Article 717: "Le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques".

Ainsi, avant la transcription de la saisie, les aliénations postérieures sont valides avec toutes les conséquences qui en découlent(1).

Cependant, l'on décide en France que cet article 686 ne défend pas la création d'hypothèques: donc un créancier, porteur de jugement, pourrait l'inscrire. La raison donnée par les auteurs pour cette interprétation c'est que le but de l'article est d'empêcher l'arrêt de la saisie ou des procédures sur icelle, ce qui arriverait au cas où une aliénation serait permise, tandis que l'hypothèque n'a pas cet effet(2).

Il faut noter que les codes français ne contiennent aucun article semblable à notre article 2091.

D'après la doctrine, la saisie en ce pays n'accorde pas un droit réel sur l'immeuble et la transcription d'icelle, ne créant pas de droits nouveaux, mais ayant pour but la publicité de ceux antérieurement acquis, ne peut avoir non plus cet effet.

(1) 3 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, p. 273 et 608.

(2) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1340.

CHAPITRE II.

EMPÊCHEMENTS À L'ENREGISTREMENT (*suite*).

DÉCONFITURE ET FAILLITE.

SOMMAIRE. 153—Généralités—Articles 2023 et 2090 C.C. 154—Définitions. 155—Déconfiture—Position du créancier. 156—L'article 2090 s'applique-t-il à l'état de déconfiture? 157—Position du créancier dans le cas de faillite. 158—Créanciers qui peuvent invoquer ces articles. 159—Ces articles décrètent-ils une nullité absolue? 160—Droit français. 161—Jurisprudence. 162—Par quelles actions peut-on se plaindre de l'enregistrement d'un jugement? 163—L'action paulienne et l'action en nullité. 164—Différences entre ces deux actions. 165—Jurisprudence. 166—Droit français.

153.—La faillite et la déconfiture d'un individu ont-elles une influence sur les droits de ses créanciers d'inscrire leurs jugements sur ses immeubles?

L'interprétation des deux articles suivants nous permet de répondre affirmativement à cette question.

L'article 2023 C. C. se lit comme suit: "L'hypothèque ne peut être acquise au préjudice des créanciers actuels sur les immeubles d'une personne notoirement insolvable, ni sur ceux d'un commerçant dans les trente jours qui précèdent sa faillite".

Et l'article 2090 C. C.: "L'enregistrement d'un titre d'acquisition de droits réels dans ou sur les biens immobiliers d'une personne fait dans les trente jours qui précèdent sa faillite est sans effet; sauf les cas où les délais accordés par la loi pour effectuer l'enregistrement de tel titre, tel que porté dans le chapitre qui suit, n'est pas encore expiré."

Nous savons que, quant à l'hypothèque judiciaire, la loi n'accorde aucun délai pour son enregistrement et en conséquence la dernière partie de ce deuxième article ne peut en aucun cas s'y appliquer.

L'article 2090 n'est pas une simple confirmation de l'article 2023, mais va plus loin, car, sans cet article, il eut été possible d'enregistrer une hypothèque acquise avant les trente jours, vu que l'hypothèque n'est pas créée par l'enregistrement, mais bien par le titre constitutif, comme le jugement, par exemple.

Ces deux articles sont tirés du droit français et reproduisent en partie, le premier, l'article 446 du Code de commerce français, et, le second, l'article 2146 du Code Napoléon.

Il ne semble pas qu'il puisse y avoir aucune hésitation à dire que ces articles s'appliquent à l'hypothèque judiciaire, car leurs termes sont absolument généraux, et, de plus, l'article 446 du Code de commerce français mentionne spécialement l'hypothèque judiciaire et les Commissaires⁽¹⁾ disent que nos articles coïncident avec les articles du Code français dans cette matière.

154.—Avant que de songer à interpréter ces articles, il importe de déterminer ce qu'il faut entendre par les mots "déconfiture, insolvabilité, faillite".

L'article 17 C. C., par. 22, définit la faillite:

"La faillite est l'état d'un commerçant qui a cessé ses paiements".

La déconfiture est l'état d'un non-commerçant qui a cessé ses paiements.

Strictement les mots "déconfiture" et "insolvabilité" sont synonymes, bien qu'il arrive souvent que le mot "insolvabilité" est employé dans un sens plus général comme s'appliquant et au failli et à l'individu en déconfiture.

M. Mignault⁽²⁾ dit que l'insolvabilité est l'état d'une personne dont le passif est supérieur à l'actif

Ainsi, l'on ne peut dire qu'un commerçant est en déconfiture, ni qu'un non-commerçant est en faillite; n'empêche que tous deux sont insolvable.

■ Cette distinction est confirmée implicitement par différents articles du Code Civil et par la jurisprudence. L'article 1953 C. C. dit: "La caution qui s'est obligée du consentement du débiteur peut agir contre lui, même avant d'avoir payé, pour en être indemnisée. . . . 2° lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture".

(1) Rapport des Commissaires, vol. 3, p. 57.

(2) 5 Mignault, p. 460.

Et l'article 1092 C. C.: "Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme, lorsqu'il est devenu insolvable ou en faillite".

Dans une cause de *Polletier vs. Cimon*(1), le juge Cimon démontre que les mots "déconfiture" et "insolvabilité" sont synonymes.

Dans une espèce de *D'Anjou vs. Vaillancourt*(2), le juge Larue en vient à la conclusion aussi qu'il faut distinguer entre la faillite et l'insolvabilité, et que ce dernier mot a les mêmes significations et portée que la déconfiture(3).

Nous basant sur ces articles du code, sur cette jurisprudence et aussi sur les auteurs et la jurisprudence française, nous n'hésitons pas à faire ces distinctions entre ces différentes expressions, bien que quelquefois, et dans les jugements de nos tribunaux et surtout dans les rapports judiciaires, elles semblent être confondues ensemble et être prises l'une pour l'autre.

155.—Que peut faire le créancier du débiteur non commerçant en déconfiture qui est porteur de jugement dont résulte une hypothèque judiciaire ?

Si le débiteur est notoirement insolvable, c'est-à-dire, s'il est de notoriété publique qu'il est en état de déconfiture, ce créancier ne peut acquérir d'hypothèque contre lui, en vertu de l'article 2093; mais il pourra tout de même enregistrer un jugement obtenu auparavant contre l'immeuble parce qu'il en a le droit en vertu de la loi générale et parce que l'article 2090 ne le lui défend pas.

Si l'insolvabilité sans être notoire était connue du créancier, nous croyons qu'il ne pourrait davantage acquérir d'hypothèque parce que le code exige la notoriété seulement comme protection additionnelle pour les autres créanciers et de manière à ce que le créancier en question ne puisse plaider ignorance de cet état, tandis que s'il en avait eu connaissance alors l'absence de cette notoriété ne pourrait être invoquée.

(1) 1 R. de J., 352.

(2) 22 C. S., 316.

(3) La Banque Jacques-Cartier vs Ogilvie et al., 19 L. C. J., 100.

Autre cas: si le débiteur dont l'insolvabilité était notoire, n'était réellement pas insolvable, le créancier serait-il admis à le prouver? Il semble que l'affirmative s'impose, car la raison première de la prohibition, c'est précisément l'insolvabilité, or si celle-ci n'existe pas, quelle que fut l'opinion répandue dans le public sur l'état financier du débiteur, il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'article.

Evidemment, si les autres créanciers ne peuvent prouver ni que le débiteur était notoirement insolvable, ni que le créancier connaissait son insolvabilité, ils ne pourront réussir contre le créancier enregistrant dont l'hypothèque sera maintenue et ce dernier pourra en conséquence acquérir une hypothèque et la faire enregistrer pourvu qu'il ne tombe pas sous l'effet des articles 1032 et suivants.

On ne peut faire une demande de cession de biens à une personne non commerçante, mais un créancier peut bien, au cours d'une procédure, alléguer déconfiture et ceci donnera lieu à l'appel des créanciers, si cette déconfiture est déclarée exister, mais ce ne sera pas nécessairement à partir de cette époque que datera l'insolvabilité notoire, ni qu'on ne pourra soit acquérir, soit enregistrer une hypothèque, mais à partir du moment où l'insolvabilité est devenue notoire.

156.— Nous avons dit, un peu plus haut, que l'article 2090 ne prohibe pas l'enregistrement d'un jugement obtenu avant la notoriété de l'insolvabilité. En effet, il nous semble évident, en vertu des termes de l'article 2090, qu'il faut distinguer entre l'individu en état de faillite et celui en état de déconfiture. Contre ce dernier, en observant les prescriptions de l'article 2023, quant à la naissance de l'hypothèque conventionnelle, légale ou judiciaire, l'on peut toujours enregistrer, qu'il soit ou non insolvable, ou notoirement insolvable au moment de cet enregistrement, car aucun texte de loi ne le défend: l'article 2090 ne s'appliquant qu'au cas du commerçant en faillite.

Ce dernier article comporte une restriction aux droits des gens qui ne saurait être étendue ni appliquée par analogie. Dans le cas du commerçant, la loi a établi une présomption

de droit, mais elle ne l'a pas fait pour le non commerçant. Elle craignait peut-être davantage la fraude au détriment des créanciers du commerçant, ordinairement plus nombreux et plus importants que ceux d'une personne non commerçante; elle redoutait aussi peut-être le fait que le commerce offre probablement plus d'occasions de commettre la fraude.

Dans le droit français, l'on trouve cette distinction indiquée et dans la jurisprudence et parmi les auteurs.

"Les dispositions, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes(1), que nous venons d'analyser (concernant la faillite) dérogent au principe que l'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque peut être prise utilement à une époque quelconque sur le débiteur propriétaire. Aussi convient-il de les interpréter strictement: "*exceptio est strictissime interpretationis*". Il ne faudrait donc pas appliquer à la déconfiture ce que la loi dit de la faillite ou de la liquidation judiciaire. L'inscription peut alors être prise même après la transcription de la saisie".

Citons MM. Aubry et Rau(2): "Les dispositions exceptionnelles des articles 2146 du Code civil et 448 du code de Commerce sont spéciales à la faillite et à la liquidation judiciaire, et ne sauraient être étendues à la déconfiture d'un débiteur non commerçant".

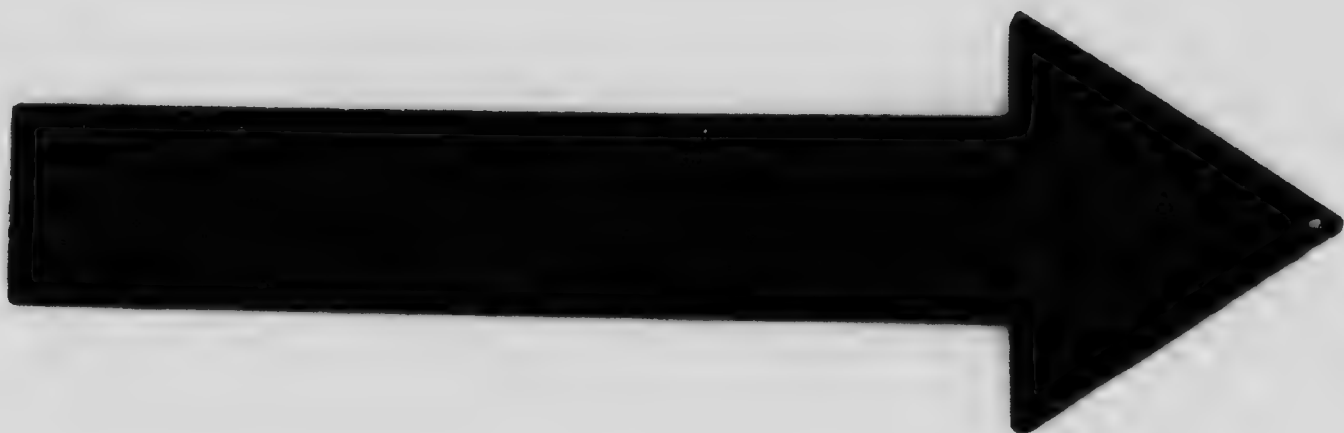
Et M. Thézard(3): "La disposition de l'article 2146 est limitative, et ne s'applique pas au cas de déconfiture d'un débiteur, manifestée par la saisie de ses biens; il y a là une lacune que comblerait une organisation légale de la déconfiture".

Avec M. Thézard, et malgré l'explication que nous avons donnée plus haut, nous trouvons la position faite au débiteur en déconfiture étrange, mais nous ne voyons aucun moyen d'empêcher l'enregistrement d'une hypothèque conventionnelle acquise avant son insolvabilité notoire, ni de nier la légalité de cet enregistrement et il nous faut de toute nécessité assimiler à ce cas celui d'une hypothèque judiciaire obtenue avant que cette insolvabilité fût elle-même notoire.

(1) Vol. 2, 1569.

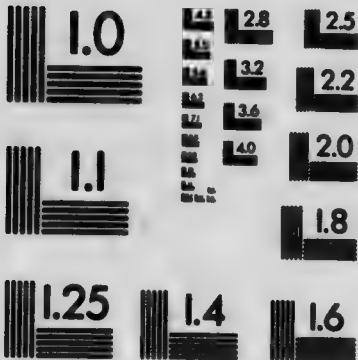
(2) Vol. 3, p. 549.

(3) N° 154.



MICROCOPY RESOLUTION TEST CHART

(ANSI and ISO TEST CHART No. 2)



APPLIED IMAGE Inc

1653 East Main Street
Rochester, New York 14609 USA
(716) 482-0300 - Phone
(716) 288-5888 - Fax

Notre raisonnement s'appliquerait également au cas où, tel que nous l'avons supposé, le créancier connaissait l'insolvabilité: cela l'empêcherait d'acquérir une hypothèque, mais ne l'empêcherait pas d'en enregistrer une acquise auparavant.

Cependant cette doctrine tient plutôt de la pure théorie quant à l'hypothèque conventionnelle, car de nos jours, aussitôt qu'une hypothèque est obtenue, on s'empresse de la faire enregistrer, mais elle peut avoir plus souvent application dans le cas d'un jugement qui pourrait avoir été obtenu même quelques années avant.

157.—Examinons maintenant le cas du commerçant en faillite.

La loi est plus sévère dans son cas, car il est clair que les deux articles 2023 et 2090 C. C. s'y appliquent.

Donc, le créancier ne pourra ni acquérir ni enregistrer une hypothèque judiciaire dans les trente jours de sa faillite.

En pratique, d'ordinaire, un des créanciers fait une demande de cession lorsqu'un débiteur est en faillite et c'est à partir de cette demande ou même seulement de la cession que les trente jours sont comptés. Mais les trente jours peuvent aller beaucoup plus en arrière et devraient se compter à partir de l'époque où il a cessé ses paiements. Car la cession de biens se fait justement parce que le débiteur est en faillite et la suit nécessairement. De plus un commerçant peut être en faillite et ne pas faire cession de ses biens.

Mais ce serait une question de preuve, tandis que la cession fixe, d'une manière certaine, l'époque.

Nous n'avons pas en notre droit la cession volontaire légalement organisée, bien qu'en pratique elle se rencontre souvent, mais elle ne change en rien, pas plus que la cession de biens forcée, la date où la faillite a commencé.

158.—L'article 2023 ne protège pas tous les créanciers, mais seulement les créanciers actuels, c'est-à-dire, ceux dont les droits existent au moment de la naissance de l'hypothèque; la raison en est toute simple, les autres ne peuvent se plaindre, leur gage n'a pas été diminué, car ils n'ont eu comme gage que

les biens de leur débiteur au moment où ils sont devenus créanciers.

L'article 2090 ne répète pas que ce sont seulement les créanciers actuels qui peuvent se plaindre de l'enregistrement, mais nous croyons qu'il faut l'interpréter dans ce sens, car autrement nous aurions en vertu de l'article 2023 une hypothèque légale et valide et elle ne pourrait être enregistrée. Ce qui serait un non-sens légal. Car, si la loi permet la création de l'hypothèque, elle ne peut refuser le moyen de lui donner vie et effet juridique.

De plus, dans toutes ces matières, il ne faut pas perdre de vue que tous les créanciers en général peuvent amplement se protéger en vertu des articles 1032 et seq., qui sont la loi générale. Les articles 2023 et 2090 facilitent la tâche de certains créanciers dans certains cas en créant des présomptions de droit qui ne peuvent être ni combattues ni niées.

159.— Ces articles 2023 et 2090 décrètent-ils ou prononcent-ils une nullité absolue de l'enregistrement ou de l'acquisition de l'hypothèque et dont n'importe qui peut se prévaloir ?

Avec la Cour d'Appel, nous répondons négativement.

En effet, la Cour d'Appel, en 1893, dans une cause de Trudel et Parent(1), a répondu à cette question.

Voici quelques notes du juge Hall qui a prononcé le jugement unanime de cette cour: "In our opinion, the déclaration of 2090 C. C. "the registration of a title confirming real rights in or upon the immoveable property of a person made within thirty days previous to his bankruptcy is without effect", is not to be interpreted as making such registration an absolute nullity, in any event, but only relatively to anyone having an established adverse interest and who has actually sustained prejudice or loss in consequence of such enregistrement; and as a result of this interpretation, the conclusion necessarily follows that other creditors have no legal right to criticise such registration, until it has been demonstrated by a judgment of distribution or other equivalent legal procedure that their

(1) 2 C. B. R., 578.

claims remain unpaid in whole or in part, as a direct consequence of such registration”.

“Article 2023 is in the same sense: “Hypothec cannot be required, to the prejudice of existing creditors, upon the immoveables of persons notoriously insolvent, or of traders within the thirty days previous to their bankruptcy.”

“That is, the hypothec is valid as between the parties, and even other creditors cannot attack it unless they are prejudiced by it. That is, the mortgage under such circumstances is a relative and not an absolute nullity, and the right to attack it belongs only to another creditor to whom its registration has caused a real prejudice, not an imaginary one.”

Ainsi donc, la nullité créée n'est que relative, elle ne peut être invoquée que par un créancier qui en éprouve préjudice, et non pas seulement qui craint d'en éprouver; le débiteur lui-même ne pourrait en aucune circonstance se réclamer de ces articles(1).

160.—Quant à l'inscription, dans le droit français, nous avons vu plus haut la différence à noter entre la faillite et la déconfiture.

Maintenant quant à la naissance même du droit, en France, il faut également faire la même distinction, c'est-à-dire que l'individu en déconfiture ou insolvable peut hypothéquer et par conséquent une hypothèque judiciaire pourrait être prise contre lui, tandis que pour le failli, on décide le contraire(2).

161.—Nous avons au sujet de la faillite et de la déconfiture, une jurisprudence très nombreuse et d'une grande importance. Et ceci ne doit pas surprendre, car c'est évidemment dans des cas semblables qu'il est utile de scruter la validité ou effet des hypothèques ou autres droits concédés. Aussi ferons-nous un court examen des arrêts que nous jugeons les plus importants qui soient rapportés.

(1) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1568.

(2) 2 Beaudry-Lacantinerie 1339, 1338 et 1340, quant à l'état d'insolvabilité; 2 Baudry-Lacantinerie, 1342, quant au failli.

En 1874, la Cour du Banc de la Reine a rendu jugement dans une cause de la Banque Jacques-Cartier vs. Ogilvie et al., et Brown(1).

Il s'agissait de la contestation d'une collocation faite en faveur de Ogilvie et al. basée sur des jugements enregistrés, et contestée par le syndic.

Il était question d'un non commerçant. La Cour après avoir cité les articles 2023, 2047 et 2130 C. C., ajoute:

"From these several dispositions it follows that since the code an hypothec cannot be acquired without registration, and cannot be acquired on the property of persons notoriously insolvent at the time the registration takes place.

"It was therefore sufficient for the appellant to show that the insolvency of Thomson was notorious, that is, publicly known, when the respondent's judgments were registered, although it might not be known when the judgments were rendered, to sustain their registration."

Il nous est difficile d'admettre ce principe: car si le jugement a été rendu sans que le demandeur ne connaisse l'insolvabilité et avant que celle-ci ne fût notoire, pour nous l'hypothèque a pris naissance, l'article 2090 ne couvrant pas ce cas; maintenant l'article 2047 réfère à l'article 2130, qui dit que l'hypothèque est sans effet sans enregistrement, ce qui est vrai dans un sens, mais rien dans ces articles n'empêche l'enregistrement d'une hypothèque ayant pris naissance. Nous ne voyons donc pas ce qui enlevait au créancier le droit d'enregistrer son hypothèque dans cette cause.

Dans une cause de Warren vs. Shaw(2), jugement de la Cour de Revision, nous trouvons l'énoncé suivant auquel il faut souscrire: "It would be intolerable if mere insolvency should vitiate all transactions which have occurred in good faith with the insolvent. In order that it should vitiate such transactions, the insolvency must be known to the party or notorious"

Ce jugement confirme la théorie que nous avons avancée, à l'effet qu'en vertu de l'article 2023 non seulement l'hypo-

(1) 19 L. C. J., p. 100.

(2) 12 L. C. J., 309.

thèque ne peut être acquise au cas d'insolvabilité notoire, mais encore et à plus forte raison la connaissance qu'une personne a de cet état d'insolvabilité vicie l'hypothèque et produit les mêmes effets sur l'hypothèque que l'insolvabilité notoire.

Le juge Mathieu, dans une cause de Grothé et Stewart(1), a décidé, en 1882, que l'article 2090 n'empêchait pas un acquéreur qui n'a pas enregistré de faire valoir ses droits après la faillite, vu l'article 2098, qu'il faut combiner avec le premier pour interprétation, et qui dit que seul un acquéreur subséquent pour valeur peut se plaindre du non enregistrement du titre, et que le syndic n'était pas un tiers au sens de cet article 2098.

Quel que soit le mérite de cette doctrine qui rencontre beaucoup d'adversaires, mais qu'au point de vue de la vente, nous n'avons pas à discuter ici, nous ne croyons pas que nous puissions l'appliquer aux hypothèques à cause de l'existence des articles 2023 et 2090 qu'il faut aussi lire ensemble, et qui nous amènent facilement à la conclusion que, quant à l'hypothèque, un créancier ordinaire qui se trouve dans les circonstances voulues ou le curateur, dans tous les cas, peut en invoquer la nullité ou le non effet.

En 1886, la Cour du Banc de la Peine, dans une cause de la Banque d'Hochelaga et la Banque Union du bas-Canada(2), a affirmé le principe, bien admis aujourd'hui d'ailleurs, que dans le cas de faillite, l'obligation consentie est nulle, bien que le créancier fût ignorant de l'état de faillite du failli.

En 1885, la Cour d'Appel a rendu jugement dans une cause de Rouillard et Lapierre(3). Le juge en chef Dorion s'est exprimé ainsi, en partie: "L'article 2023 est positif. L'hypothèque ne peut être acquise au préjudice des créanciers sur les immeubles d'une personne notoirement insolvable, ni sur ceux d'un commerçant dans les trente jours qui précèdent sa faillite. Sous l'ordonnance, la durée du temps était de dix jours, le législateur a étendu le délai à trente jours. Ces dispositions constituent une présomption de droit que le créancier hypothécaire connaissait l'insolvabilité du débiteur. Décider

(1) 12 R. L., 218.

(2) 12 R. L., 179.

(3) 29 L. C. J., p. 257.

autrement serait créer une injustice à l'égard des autres créanciers de l'insolvable. L'hypothèque consentie sous ces circonstances est nulle de plein droit".

La doctrine énoncée, et l'application qui en est faite dans cette dernière cause, sont conformes à la jurisprudence en général, à l'exception de la dernière phrase qui émet une idée contraire à la doctrine avancée et soutenue par la Cour d'Appel, dans la cause de Trudel et Parent.

La Cour Supérieure, en 1885, présidée par le juge Brooks, dans une cause de la Banque Nationale vs. The Eastern Townships Bank(1), semble avoir ordonné une radiation d'enregistrement de jugement qui serait aussi en contradiction avec la jurisprudence de cette cause de Trudel et Parent, alors qu'il avait été plaidé que la demande était prématurée.

La Cour de Revision, siégeant à Québec, en 1886, dans une cause de Pacaud vs. Brisson et al.(2), a décidé que le tiers détenteur ne pouvait se réclamer de l'article 2023, sans être créancier actuel et en conséquence que l'hypothèque résultant d'un jugement enregistré avait effet et n'était pas nulle de plein droit.

Nous trouvons, dans une cause de la Banque des Cantons de l'Est et Bishop(3), un jugement rendu par la Cour du Banc de la Reine en 1889, dans lequel cette cour a refusé d'annuler, à la demande d'un créancier, un acte de vente passé avant la déconfiture du débiteur, mais enregistré après cette même déconfiture.

Cet arrêt s'appliquerait absolument à notre théorie sur l'enregistrement des hypothèques au cas de déconfiture et nous ne voyons pas ce qui pourrait en un cas semblable, et s'il s'agissait d'hypothèque conventionnelle, ou judiciaire, en prohiber l'enregistrement valide et effectif.

En 1889, la Cour Suprême du Canada a rendu jugement dans une cause de The Union Bank of Lower Canada & Hochelaga Bank(4):

(1) Legal News, vol. 8, 219.

(2) 12 Q. L. R., 281.

(3) 17 R. L., 161.

(4) 12 L. N., 179.

Voici le jugé tel que rapporté: "When an hypothec has been acquired upon property within thirty days immediately preceding the declaration and admission of the mortgagee's agent, that the mortgagors were notoriously insolvent and "en déconfiture", such hypothec in a report of distribution of the moneys realized on the property of the insolvents cannot be invoked to the prejudice of a party who was creditor at the time when the hypothec was given". Article 2023.

Nous n'avons pu contrôler ce jugé et ignorons s'il est exact et représente bien la décision et la pensée des savants magistrats, mais il nous semble confondre d'une manière étrange la faillite et la déconfiture, et dans le cas de déconfiture, s'il s'agissait de cet état, nous nous demandons ce qu'y vient faire la question des trente jours.

Le juge Jetté dans une cause de *Stevenson vs. Lallemand*(1), a maintenu l'action du curateur demandant la radiation d'une hypothèque accordée par le failli alors qu'il était insolvable, bien qu'il ne fût pas prouvé que celui qui obtint l'hypothèque connaissait l'état de son débiteur à ce moment.

Ce jugement est bien conforme aux principes, en cas de faillite; car la présomption établie par les articles 2023 et 2090 en est une de droit, c'est-à-dire, que, lorsque ces articles reçoivent leur application, le créancier est censé connaître l'état de son débiteur et leurs prescriptions sont alors formelles.

En 1893, la Cour de Revision, siégeant à Montréal, a rendu un arrêt d'espèce, qui offre un certain intérêt, dans une cause de *Lefebvre vs. Lamontagne et al.*(2). La Cour a décidé, entr'autres choses, que, dans l'absence de toute fraude, le créancier qui possédait déjà une garantie ample et suffisante, qui de plus ignorait l'état d'insolvabilité ou de faillite de son débiteur, et qui échangeait cette garantie pour une hypothèque, pouvait être colloqué; le créancier de plus ne faisait aucun profit ni ne trouvait aucun avantage à faire cet échange. Dans ce cas, l'hypothèque remplaçait un transport valable sur une personne solvable.

(1) 6 M. L. R., 305.

Il y a peut-être quelques circonstances qui peuvent justifier un arrêt de cette nature, mais d'un autre côté, semble-t-il, il ne faut pas oublier que poser cette transaction en principe serait certainement encourager la fraude et agir au détriment des créanciers. En effet, le débiteur réussirait à mettre la main sur un montant liquide ou facile à liquider et donnerait en échange l'hypothèque sur l'immeuble qui était le gage de ses autres créanciers, et ainsi ces derniers se trouvaient privés et de l'hypothèque et de la garantie du premier créancier, malgré toute la bonne foi et les bonnes intentions du créancier. N'est-il pas mieux d'observer la règle générale et de dire que le créancier devra souffrir de son imprudence en abandonnant sa garantie première ?

En 1897, le juge Gagné, dans une cause de Bourassa vs. Labbé et Boily(1), s'est conformé à la décision de la Cour d'Appel dans la cause de Trudel et Parent. Le demandeur concluait à la radiation d'une hypothèque judiciaire obtenue par le défendeur contre le mis-en-cause, alors que ce dernier était notoirement insolvable, et la cour a décidé que le demandeur devait prouver préjudice au moyen de la saisie et vente de l'immeuble hypothéqué.

Voici quelques remarques additionnelles du juge Hall, dans la cause de Trudel et Parent (déjà citée): "In the present case the plaintiff, a chirographary creditor of Rochon, without waiting to see the result of the division of the debtor's estate, attacks a transaction to which he was not a party, and asks, not that the obligation should be annulled, but that its enregistrement should be cancelled. What interest or right has he to make that demand unless and until it is legally established that he is a real, not an imaginary sufferer by it? His only justification would be the assumption that the registration of the mortgage was, as he contends, an absolute nullity. If it be so there was no necessity for his action. If it be not so, there was no justification for it, until after the distribution of Rochon's estate or a dividend sheet collocating Trudel's claim as a privileged one".

(1) 5 R. de J., 46.

La Cour de Revision, siégeant à Québec, en 1908, dans une cause de Théberge et Morency(1), a réaffirmé le principe exposé en celle de la Banque Jacques-Cartier vs. Ogilvie et al., à l'effet que l'on ne pouvait acquérir d'hypothèque sans enregistrement et qu'une hypothèque ne peut être acquise sur les biens d'une personne notoirement insolvable au moment de l'enregistrement.

Nous disons encore que, pour nous, nous ne pouvons souscrire à ce jugement, car il paraît confondre l'effet que produit l'enregistrement avec le droit enregistré, ainsi que la déconfiture avec la faillite.

Ici, l'hypothèque avait été acquise longtemps avant la déconfiture, et, bien qu'enregistrée alors que celle-ci était notoire, nous ne trouvons aucune règle de droit qui empêchait cet enregistrement de prendre effet pour conserver les droits ou avantages acquis.

En 1900, le juge Cimon, rendant jugement dans une cause de Nadeau vs. Roseberry & Thomas Caret & Pouliot(2), a posé les principes suivants: qu'un créancier hypothécaire a le droit de payer les améliorations pour protéger son hypothèque et qu'il n'y a pas de fraude pour un débiteur de payer son créancier insolvable.

Ceci nous paraît clair et incontestable: les autres créanciers ne peuvent d'ailleurs que profiter de l'état meilleur de l'immeuble et de la valeur additionnelle donnée à icelui.

En 1910, la Cour d'Appel, dans une cause de la Corporation du Village de Cowansville & Duggan et al.(3), par la bouche du juge Carroll, a dit: "Sans doute, pour permettre à un créancier d'intervenir et contester une réclamation, il lui faut un intérêt, c'est-à-dire, une créance qui ne sera pas payée ou ne sera payée qu'en partie, si l'enregistrement de l'hypothèque est déclaré valide. Et c'est en ce sens qu'il est exact de dire que l'enregistrement n'est pas nul d'une nullité absolue".

Et cette décision est en conséquence dans le même sens que celle dans la cause de Trudel et Parent.

(1) 14 C. S., 84.

(2) 18 C. S., 542.

(3) 20 C. B. R., 105.

La Cour de Revision, siégeant à Québec et présidée par les juges Lemieux, Cannon et Belleau, a rendu un jugement intéressant quant aux frais d'une faillite, dans une cause de Daigle et Michaud et Girouard et al. et Langevin(1). Dans cette espèce, après que les immeubles du failli eurent été vendus sur un mandat du curateur adressé au shérif et, ce, sur demande d'un créancier hypothécaire, Langevin, le protonotaire colloqua par privilège les frais de justice, y compris ceux de la cession, tant honoraires que déboursés.

Le créancier Langevin contesta cette collocation: sa contestation fut renvoyée en Cour Supérieure, mais maintenue en Revision. Les raisons données par la Cour étaient, entre autres, que seuls devaient être colloqués de préférence à l'hypothèque les frais faits dans l'intérêt de l'hypothèque et nécessaires à la vente de l'immeuble. Or le créancier hypothécaire ne profite aucunement de la cession. Elle ne lui est pas nécessaire pour réaliser son gage. Les frais de cession, qui ne peut, d'ailleurs, être demandée que par un créancier chirographaire, ne sont encourus que dans son intérêt. Il n'y a que les frais du mandat, et des autres procédures requises pour la vente de l'immeuble, qui puissent primer l'hypothèque.

162.— Il s'agit maintenant de voir quelles actions les autres créanciers ont pour faire radier l'hypothèque créée par l'enregistrement d'un jugement sur un immeuble en fraude ou au préjudice de leurs droits.

La loi leur accorde l'action paulienne et une action spéciale en nullité.

163.— Les articles qui concernent l'action paulienne sont les articles 1032 à 1040 et, pour le cas qui nous occupe, citons 1032 et 1040.

1032 C. C. "Les créanciers peuvent, en leur propre nom, attaquer les faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, conformément aux règles prescrites dans cette section".

1040 C. C. "Un contrat ou paiement ne peut être déclaré nul, en vertu de quelque une des dispositions contenues dans

(1) 43 C. S. 42.

cette section, à la poursuite d'un créancier individuellement, à moins que telle poursuite ne soit commencée avant l'expiration d'un an à compter du jour qu'il en a eu connaissance.

"Si la poursuite est faite par des syndics ou autres représentants des créanciers collectivement, elle devra être commencée dans l'année à compter du jour de leur nomination."

Or, le juge Lemieux, dans la cause de La Banque Nationale vs. Common and The Eastern Townships Bank et la Banque d'Hochelaga(1), prouve, nous semble-t-il, que ces deux articles s'appliquent et aux jugements et aux hypothèques judiciaires, qui en résultent.

"La doctrine légale admet sans restriction, dit le magistrat, qu'un jugement est un contrat judiciaire, par lequel un débiteur forme, avec son créancier, la convention tacite que, s'il n'acquitte pas sa dette, tel que stipulé, le créancier pourra non seulement faire constater sa créance et l'exécuter en vertu d'un jugement, mais encore prendre hypothèque sur les immeubles du débiteur en vertu du jugement."

Et dans cette même cause, le juge définit le mot "actes" mentionné dans l'article 1032: "On doit entendre non seulement les contrats et paiements, mais tout ce que le débiteur fait ou peut faire au préjudice et au détriment de son créancier, et comprendre encore et aussi les jugements, etc".

Nous concluons donc que le créancier, qui se trouve dans les conditions voulues par ces articles, a à se plaindre de l'acte d'un autre créancier, et que cet acte soit un jugement, peut avoir recours à l'action paulienne.

Ce savant magistrat, dans cette cause, fait aussi remarquer qu'il est possible que les articles 1185 et 1186 C. P. s'appliquent à ces matières.

Article 1185 C. P.: "Toute personne dont les intérêts sont affectés par un jugement rendu dans une cause où ni elle, ni ceux qui la représentaient n'ont été appelés, peut y former opposition".

(1) 22 C. S., 284.

Article 1186 C. P.: "La tierce opposition se forme par simple requête adressée au tribunal, et est accompagnée d'un affidavit attestant la vérité des faits qui y sont allégués.

"Elle doit être signifiée à toutes les parties dans la cause, ou, si l'opposition est faite dans l'an et jour du jugement, aux procureurs qui les ont représentées".

Mais, semble-t-il, ces articles ne pourraient s'appliquer que dans le cas où l'on voudrait prétendre que c'est du jugement lui-même, dont on veut se plaindre, et non pas seulement de son enregistrement, car dans ce dernier cas il faudrait recourir à l'action paulienne.

Pour réussir dans une action paulienne, il faut, en vertu de l'article 1032, prouver non seulement préjudice, mais aussi fraude, c'est-à-dire, l'intention bien marquée et arrêtée d'agir de manière à nuire aux droits de quelqu'un qui a intérêt et droit de protester et de se protéger.

Or, en vertu des articles 2023 et 2090, il existe des cas où un créancier peut demander la nullité d'un droit ou d'un enregistrement sans qu'il soit obligé de prouver ni alléguer fraude.

Ce sont des cas où de fait le créancier éprouve préjudice ou est légalement censé en éprouver, s'il établit que le débiteur se trouve dans tel ou tel état sans qu'il y ait eu fraude d'aucune sorte. Ces cas ne tomberaient donc pas sous le coup des articles 1032-1040.

Pour donner effet et suite à ces articles 2023 et 2090, et pour qu'ils ne restent pas lettre morte, il faut nécessairement la sanction d'une action, or comme l'action paulienne ne peut servir, il faut avoir recours à une action spéciale.

En effet, croyons-nous, c'est une action spéciale en nullité qui découle des articles 2023-2090, c'est-à-dire que, en certaines circonstances, la loi se montre moins exigeante vis-à-vis du créancier qui a le fardeau de la preuve et lui permet d'atteindre son but plus facilement. C'est un recours additionnel qui est donné au créancier pour sa protection.

Une autre raison, démontrant la nécessité de cette action en nullité, est la suivante: vu la jurisprudence établie par la cause de Trudel et Parent, s'il ne fallait recourir qu'à

l'acte paulienne, les intéressés resteraient souvent sans recours efficace, parce qu'ils ne pourraient se conformer à l'article 1040 et agir dans l'année.

164.— Il y a plusieurs différences entre ces deux actions.

La principale est que le délai pour intenter l'action paulienne est d'un an à partir de la connaissance de la transaction frauduleuse, en vertu des prescriptions de l'article 1040, qui ne s'applique pas à l'action en nullité; et cette dernière se prescrit comme une action ordinaire. En effet, la règle posée dans l'article 1040 est spéciale et ne s'applique qu'à la section du code, où il se trouve.

L'action paulienne est l'action banale en cas de fraude, et par elle on peut demander la nullité de tout contrat ou acte quelconque, tandis que l'action en nullité ne s'appliquera qu'aux cas de déconfiture et de faillite.

Une autre différence entre ces deux actions, qu'il est intéressant de signaler, c'est que l'action, qui découle des articles 2023-2090, est plutôt, comme en France, une action collective qui est prise par le liquidateur ou curateur au nom de tous les créanciers, tandis que l'action paulienne, qui, elle, peut être également intentée par le liquidateur ou le curateur au nom de la masse, l'est souvent et peut l'être et doit l'être très fréquemment par un seul créancier; l'action paulienne aurait, en ce sens, un caractère plus personnel que l'autre.

Enfin, malgré l'article 1040, il est possible que l'action paulienne soit de plus longue durée que l'autre, parce que, si la prescription en est plus courte, elle ne commence à courir qu'à partir de la connaissance acquise de la fraude.

165.— Un examen de notre jurisprudence convaincra facilement du bien fondé de ces avancées.

Dans la cause de Lefebvre vs. Lamontagne et al. (1), que nous avons déjà citée, le jugement, tout en déclarant qu'il n'y avait aucune fraude, a dit que le fait par les inspecteurs de n'avoir pas pris l'action dans l'année de leur nomination était fatal et devait causer le renvoi de leur action. Il s'agissait de faillite dans cette espèce.

(1) 3 C. S., 158.

Il semblerait donc, en vertu de ce jugement, que la Cour était d'opinion que le délai d'un an de prescription s'appliquait indifféremment à toutes ces sortes d'actions, qu'elles soient prises en vertu des articles 1032-1040 ou en vertu des articles 2023-2090; et c'est l'opinion de tous ceux qui croient que l'article 1040 doit nécessairement s'appliquer dans ces affaires, qu'il s'agisse de faillite ou non.

Dans la cause de la Banque Nationale vs. Common (1), le juge Lemieux, en 1902, a renvoyé la procédure demandant l'annulation d'une hypothèque judiciaire créée et enregistrée quatorze ans auparavant, et dont la partie, qui s'en plaignait, avait eu connaissance dès l'origine. Le savant magistrat a appliqué à cette cause les prescriptions de l'article 1040. Cependant, on ne peut conclure que la cour aurait été disposée à appliquer, en toutes circonstances, dans ces matières, la règle de l'article 1040, car, dans cette espèce, il y avait allégation de fraude, et bien que le jugement ne déclare pas formellement qu'il y eut fraude dans l'enregistrement, il parle d'hypothèque frauduleuse(2).

Enfin, la Cour d'Appel, en 1910, dans une cause de la Corporation du village de Cowansville vs. Duggan et al. (3), a rendu un jugement qui doit faire jurisprudence.

En effet, voici comment le juge Carroll, parlant au nom de tous ses collègues, s'est exprimé:

"(Après avoir cité l'article 1040)... Et l'appelante allègue qu'il s'est écoulé plus d'un an depuis la nomination des liquidateurs et la contestation produite.

"Cet article n'a pas d'application au cas actuel pour deux raisons: 1° parce que la section sixième du Code civil, article 1032 et suivants, dont fait mention l'article 1040 précité, ne s'applique qu'à "l'annulation des contrats et paiements faits en fraude des créanciers"; 2° la contestation ne conclut pas à la nullité de l'hypothèque et l'article 1040 ne s'applique qu'à la demande en nullité des contrats.

(1) 22 C. S., 284.

(2) Côté et al. vs Lefebvre, 18 B. R., 523.

(3) 20 B. R., 105.

"La contestation est basée sur les dispositions de l'article 2090 C. C., qui édicte que l'hypothèque enregistrée dans les trente jours qui précèdent la faillite est sans effet."

Ce jugement reconnaît donc, en termes aussi formels que possible, l'existence d'une action spéciale en vertu de l'article 2090, absolument indépendante de l'action paulienne et qui, en conséquence, n'est pas soumise à ses prescriptions.

106.— Bien que le jugement de la Cour d'Appel, que nous venons de citer, doit fixer l'interprétation de notre droit sur ce sujet, il est intéressant, pour fins de comparaison, de voir ce qu'est le droit français.

Voici ce que disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes:

"La nullité de l'hypothèque constituée dans les conditions que nous venons de déterminer n'est, en vertu des textes, qu'une nullité relative (il s'agit de la faillite). Elle n'est prononcée par l'article 446 C. Com. qu'au profit de la masse; dans les hypothèses prévues par l'article 447, et aussi lorsqu'il s'agit de la nullité des instructions réglementées par l'article 448, elle a le même caractère. Par conséquent, elle ne peut être invoquée qu'au nom de la masse, par le syndic qui la représente. Les créanciers pris isolément, agissant dans un intérêt particulier distinct de celui de la masse, n'ont pas le droit de s'en prévaloir. Il ne suffirait même pas qu'ils eussent mis en cause les syndics, si ceux-ci ne comparaissent pas ou s'ils ne concluent pas en justice à la nullité de l'hypothèque. L'action en nullité est une action collective.

"Bien différente est, à ce point de vue, l'action paulienne de l'article 1167 (qui est reproduit à peu près exactement par notre article 1032); elle a en effet un caractère essentiellement individuel; de là cette conséquence: le droit d'attaquer en vertu du droit commun les actes consentis par un débiteur, même en état de faillite, appartient individuellement à chacun des créanciers. Du moment où ils n'agissent pas en vertu des dispositions particulières de la loi commerciale leur action ne saurait être écartée par aucune fin de non recevoir"(1).

(1) Vol. 2, 1350.

A noter que notre Code civil contient précisément les prescriptions de la loi commerciale française, d'où la conséquence que ce qui est dit sur l'une peut s'appliquer à l'autre.

A remarquer aussi que les deux jugements de la Cour d'Appel, dans les causes de Trudel et Parent et de la Corporation du village de Cowansville et Duggan, sont bien conformes à l'opinion des commentateurs que nous venons de citer(1).

CHAPITRE III

RANG DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.

ARTICLE 2098 C. C.

CRÉANCIERS DU VENDEUR.

SOMMAIRE. 167—Sujet. 168—Droit romain et droit français. 169.—Notre droit avant le Code. 170—Notre droit depuis le Code. 171—Différences entre le droit français et le nôtre. 172—L'article 2098 C. C.—Origine et but. 173—Créanciers du vendeur. 174—L'article 2100 C. C. 175—Jurisprudence. 176—Droit français.

167.—Après avoir déterminé ce qu'était l'hypothèque judiciaire, en avoir examiné la nature et les cas dans lesquels elle se produisait, après avoir démontré qu'il fallait l'enregistrement pour qu'elle produise tous ses effets juridiques, il nous reste à établir quel rang cette hypothèque judiciaire doit occuper.

L'étude de cette question nous amènera nécessairement à examiner les cas où l'hypothèque judiciaire est le seul droit réel enregistré, les cas où elle vient en conflit ou en concours avec d'autres hypothèques ou droits réels, et les cas où, le titre d'aliénation n'ayant pas été enregistré, il y a des hypothèques judiciaires enregistrées soit par les créanciers du vendeur ou aliénateur, soit par ceux de l'acquéreur.

168.—Dans le droit romain, la date de la naissance du droit en déterminait le rang; l'enregistrement ou la publicité des droits réels étaient inconnus et la règle était "*Prior tempore, potior jure*". L'hypothèque concédée, un certain jour, primait

(1) 3 Aubry et Rau, p. 456.

celle concédée le lendemain, précisément parce que la naissance de la première antedatait celle de la seconde.

Dans l'ancien droit français, alors que la clandestinité des hypothèques était à l'ordre du jour, on appliquait la même règle. Il n'y avait en effet rien autre chose, aucun autre point de repère, pour établir le rang des hypothèques que la date de leur naissance.

Pendant la révolution, avec l'introduction du régime de la publicité, cette règle de l'ancien droit fut naturellement changée: ce ne fut plus la date de la naissance du droit hypothécaire, mais celle de son inscription ou enregistrement qui devait en fixer le rang.

Le Code Napoléon adopta la législation de la Révolution à ce sujet et dans le droit français moderne, la règle se lit maintenant: "*Potior tempore, potior jure*".

"Notre régime hypothécaire, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes(1), est assis sur une double base: la spécialité et la publicité.

"La publicité de l'hypothèque se réalise par le moyen d'une inscription.

"Le rang des privilèges est sous certaines réserves déterminée par la qualité de la créance; le rang des hypothèques par la règle "*Potior tempore, potior jure*", non plus par la date de la naissance du droit, mais par la date de l'inscription.

"La règle de publicité, édictée par le code, s'applique en principe à toutes les hypothèques, aux hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles."

"La spécialité quant au gage hypothécaire consiste dans la désignation précise de l'immeuble ou des immeubles grevés de l'hypothèque"(2).

169.—Quant à notre droit avant le code, on le trouve dans les S. R. B. C., ch. 37, et surtout à l'article 1, paragraphe 1^{er} voici:

"Et chaque tel titre, instrument par écrit, jugement, acte ou procédure judiciaire, droit, reconnaissance, réclamation et

(1) Vol. 2, 1436-1437.

(2) Les mêmes auteurs, 1370.

charge privilégiée et hypothécaire, n'aura aucune force, et sera nul et de nul effet à l'égard de tout subséquent acquéreur *bona fide*, donataire, créancier privilégié, ou hypothécaire, pour valable considération, à moins qu'il n'ait été enregistré avant l'enregistrement du titre, instrument par écrit, jugement, acte ou procédure judiciaire, reconnaissance, droit, réclamation ou charge privilégiée ou hypothécaire, sur lequel tel subséquent acquéreur, donataire ou créancier privilégié ou hypothécaire fonde sa réclamation."

D'ailleurs, ici, comme en France, avant l'ordonnance de l'enregistrement, la priorité entre les hypothèques et droits réels était fixée par la date de leur naissance. Mais à partir de cette ordonnance, promulguée par 4 Victoria, ch. 30 et modifiée par 23 Victoria, ch. 59, le rang de l'hypothèque était déterminé par la date de son enregistrement.

170.—Le Code Civil n'a pas modifié la législation antérieure en cette matière, tel que le prouvent les remarques suivantes des Commissaires sous le titre "De l'enregistrement des droits réels":

"Ces prescriptions sont le produit de notre législation coloniale et sont presque toutes tirées du chapitre 37 des S. R. B. C. On y a ajouté quelques articles pour développer davantage quelques unes des règles énoncées et quelques suggestions d'amendement"(1).

Les articles 2082 et 2083 C. C. contiennent les règles générales qui gouvernent la matière que nous étudions et qui déterminent le rang des hypothèques et autres droits réels.

Article 2082 C. C.: "L'enregistrement de droits réels leur donne effet et établit leur rang suivant les dispositions contenues dans ce titre".

Article 2083 C. C.: "Tout droit réel soumis à la formalité de l'enregistrement a effet du moment de son enregistrement à l'encontre des autres créanciers dont les droits n'ont été enregistrés que subséquentement ou ne l'ont pas été. Si néanmoins un délai est accordé pour enregistrer un titre et que l'enregistrement soit effectué dans ce délai, ce titre a son effet à l'encontre

(1) Rapport des Commissaires, vol. 3, p. 63.

même des créanciers subséquents qui ont priorité d'enregistrement".

Il appert de la lecture de ces articles que devant la loi toutes les hypothèques sont égales et occupent le même rang, quelle que soit la date de leur naissance: ce n'est que par l'enregistrement qu'elles prennent rang entre elles.

Le rang du privilège, au contraire, est déterminé par la loi, et ce, même pour ceux soumis à la formalité de l'enregistrement, qui alors serait nécessaire à la conservation de leur existence comme droit préférentiel, mais n'aura aucune influence sur leur rang.

Donc, s'il n'y a qu'une seule hypothèque qui soit enregistrée sur un immeuble et que cette hypothèque ne vienne pas en conflit avec d'autres droits réels, l'enregistrement lui donnera plein effet et le créancier, qui n'aura aucun rival, sera payé de sa réclamation en tout ou en partie, selon le montant que la vente du dit immeuble pourra rapporter.

Si, d'un autre côté, deux créanciers porteurs de jugements les ont enregistrés sur l'immeuble de leur débiteur commun, la préférence sur le prix sera accordée à celui qui aura enregistré le premier, quelle que soit la date de leurs jugements.

171.— Nous l'avons appris du rapport même des Commissaires, notre droit tel que contenu dans le code est basé non pas sur le Code Napoléon, mais sur notre propre législation coloniale. D'après les citations que nous avons faites, il est cependant facile de constater qu'en principe les deux droits offrent de grandes ressemblances entre eux. Il y a cependant de notables différences, qu'il est intéressant de souligner.

Quant aux hypothèques conventionnelles, en France, comme chez nous, elles sont spéciales et soumises aux formalités de l'inscription.

Quant aux hypothèques légales, en France, les unes, comme celles du mineur et de la femme mariée, sont exemptes de l'inscription et sont générales. Tandis qu'ici elles sont toutes soumises à l'enregistrement, et spéciales, dans le sens qu'elles ne produisent effet que sur l'enregistrement d'un avis décrétant l'immeuble à être affecté, et générales, dans le sens que

tous les immeubles peuvent y être affectés. Quant aux hypothèques judiciaires dans les deux pays, elles doivent être enregistrées, mais, en France, il suffit d'un seul enregistrement pour tous les immeubles présents et futurs, tandis qu'ici il faut l'avis de l'article 2121, pour qu'un immeuble soit sujet à une hypothèque, bien que tous les immeubles sont susceptibles de devenir grevés.

Ainsi, en France, les hypothèques judiciaires sont générales, et chez nous, elles sont à la fois spéciales et générales: car s'il faut spécialiser l'immeuble que l'on veut affecter, l'on peut inscrire successivement sur tous les immeubles que possède ou possèdera un débiteur.

Évidemment, en vue de ces différences dans les législations des deux pays, le rang d'une hypothèque ne sera pas toujours le même, bien qu'elle soit née et inscrite ou enregistrée dans des circonstances identiques.

172.—La règle générale, posée par le Code, est donc claire et simple et, à cause de ces qualités, d'une application facile. Si les enregistrements se font dans l'ordre voulu, c'est-à-dire si chaque hypothèque est enregistrée aussitôt qu'elle peut l'être, et si les autres personnes qui acquièrent des droits réels sur un immeuble les enregistrent immédiatement, il n'y a aucune difficulté à fixer leur rang et leurs droits respectifs, mais ce n'est pas toujours ce qui a lieu.

En effet, il peut arriver que le titre d'acquisition ou d'aliénation n'est pas enregistré immédiatement, et qu'avant qu'il ne le soit, les créanciers soit du vendeur, soit de l'acquéreur, enregistrent des hypothèques judiciaires sur cet immeuble.

La détermination des droits de chacun, loin d'être aussi facile, offre alors de grandes difficultés; mais avant de chercher à les solutionner, il nous faut lire l'article 2098, qui affecte cette matière, et voir dans quelles circonstances et dans quel but il a été édicté.

Avant le code, qu'on le remarque, en vertu du 7 Victoria, ch. 22, sec. 9, nul ne pouvait enregistrer ou acquérir un droit réel à l'encontre d'un acquéreur dont le titre n'avait pas été enregistré, mais dont la possession était publique et ouverte.

Voici cette disposition(1): "Mais l'enregistrement de tout titre d'une propriété immobilière ou acte constitutif d'aucune charge, hypothèque ou servitude sur propriété immobilière, subséquent au titre de la partie qui la possèdera ouvertement et publiquement comme propriétaire, n'affectera pas le titre ou les droits de cette partie quand même le titre de telle partie ne serait enregistré qu'après l'enregistrement du dit titre ou acte subséquent".

Ainsi la possession pure et simple, sans enregistrement du titre de l'acquéreur, jouait un grand rôle avant le code, et exemptait pratiquement ces sortes d'acquisition de la formalité de l'enregistrement. Les Commissaires, avec raison, il nous semble, n'ont pas voulu perpétuer ce régime, qui aurait établi immédiatement une exception, sanctionnée par la loi, à la règle générale posée à l'effet que l'enregistrement donne le rang aux hypothèques; et dans le but d'y mettre fin, ils ont suggéré un amendement, qui est devenu la base de notre article 2098: "Comme il est bien souvent difficile, disent-ils, de constater jusqu'à quel point la possession est ouverte et publique, et qu'il n'y a pas de raison dans notre système de faire une exception pour cette espèce de droit réel, il conviendrait de le soumettre, pour l'avenir, à la règle générale, tel qu'exprimé en l'amendement à l'article 11".

"L'amendement à l'article 11, dont il vient d'être parlé a pour objet d'établir comme règle générale le système de la publicité et la préférence en faveur de l'enregistrement, en exigeant la transcription pour les ventes.

"Et pour contraindre à l'enregistrement, l'article suggéré ne donne aucun effet à l'enregistrement des actes de celui dont le titre de propriété n'est pas enregistré"(2).

Voici la partie de l'article dont il est fait mention en dernier lieu: "Jusqu'à ce que l'enregistrement du droit de l'acquéreur ait lieu, l'enregistrement de toute cession, transport, hypothèque ou droit réel par lui consenti affectant l'immeuble est sans effet".

(1) 3. R. B. C., ch. 37, art. 5, par. 2.

(2) Rapport des Commissaires, vol. 3, p. 63.

Et on retrouve dans le code civil cette même prescription légèrement modifiée: "Jusqu'à ce que l'enregistrement du droit de l'acquéreur ait lieu, l'enregistrement de toute cession tout transport, toute hypothèque ou tout droit réel par lui consenti affectant l'immeuble est sans effet".

Le but des Commissaires, en suggérant cet article, était d'étendre autant que possible l'obligation de l'enregistrement: ce qu'il ne faut pas perdre de vue en étudiant ce sujet.

Examinons, maintenant, à la lumière de cet article et des autres déjà cités, le cas où l'acquéreur n'a pas enregistré son titre immédiatement et qu'avant cet enregistrement les créanciers du vendeur et de l'acquéreur ont fait enregistrer contre cet immeuble des hypothèques judiciaires, afin de fixer le rang que doit occuper ces diverses hypothèques.

173.— Dans l'hypothèse que nous supposons, un immeuble aura été aliéné, et, avant que l'acte d'aliénation n'ait été enregistré, un créancier de l'aliénateur aura fait enregistrer sur cet immeuble un jugement contre l'aliénateur.

La question à laquelle il faut répondre est donc la suivante: Ce créancier avait-il le droit d'enregistrer ainsi son jugement, ou plutôt, puisque le conflit est entre ce créancier et l'acquéreur, l'hypothèque du créancier primera-t-elle les droits de l'acquéreur qui aura enregistré après?

Les droits du créancier et de l'acquéreur ont été soutenus avec vigueur devant nos tribunaux qui se sont prononcés, tour à tour, pour l'un et l'autre.

Mais aujourd'hui la jurisprudence est parfaitement bien établie et sans faire aucune distinction si l'hypothèque est judiciaire ou conventionnelle, ni si l'enregistrement s'est fait avant ou après trente jours de la date de l'acte d'aliénation, elle décide que les créanciers du vendeur (pour le prendre comme type) ont droit d'inscrire leurs jugements sur l'immeuble aliéné et que leur hypothèque primera les droits de l'acquéreur.

Ceux qui voulaient donner droit de préférence à l'acquéreur disaient, entre autres arguments, que le vendeur ne pouvait même concéder une hypothèque conventionnelle, et, que, s'il

le faisait, aucun article du code n'accordait préférence à cette hypothèque.

A cette objection, ceux qui favorisaient le créancier répondaient en citant la loi générale et aussi l'article 2130 (5ème paragraphe), qui dit :

"Si un titre d'acquisition et un titre créant hypothèque relativement au même immeuble sont entrés en même temps, la priorité du titre établit le droit de préférence."

En effet cet article ou partie d'article ne le dit pas explicitement, mais laisse assurément entendre que, si l'un des deux titres était enregistré avant l'autre, il le primerait.

L'on ajoutait que, si une personne peut vendre successivement à deux acquéreurs et que c'est celui qui enregistrera le premier qui aura le titre valable (2098), elle peut assurément accorder une hypothèque à la seconde personne: "qui peut faire plus, peut faire moins".

Les partisans de l'acquéreur disaient de plus: même en admettant qu'une personne puisse accorder une hypothèque conventionnelle dans de telles circonstances, les créanciers du vendeur, porteurs de jugements, ne peuvent prendre hypothèque judiciaire sur l'immeuble vendu, parce que cet immeuble, que l'acte soit enregistré ou non, n'appartient plus au vendeur, en vertu de l'article 1472 C. C., qui dit que la vente est complète par le seul consentement des parties, et parce qu'une hypothèque judiciaire ne peut affecter que les immeubles appartenant au débiteur, vu les articles 2034 et 2026.

Cet argument paraît à première vue avoir une assez grande valeur. Mais pour le détruire, il suffit d'invoquer l'article 1027 C. C., qui traite du transport des immeubles, et qui, en référant aux lois de l'enregistrement et en conséquence à l'article 2098, fait voir que, si l'acte est parfait entre les parties par le seul consentement, il ne produira tous ses effets à l'égard des tiers qu'après son enregistrement. En effet, si, en vertu de l'article 2098, l'acquéreur, qui n'a pas enregistré son titre, ne peut concéder lui-même un titre valable, c'est qu'aux yeux de la loi, l'acquisition de la propriété n'est pas complétée et le

vendeur y conserve un intérêt suffisant et pour concéder d'autres droits réels et pour qu'il en soit pris contre lui.

174.—Il a de plus été soutenu, de la part de ceux qui voulaient protéger l'acquéreur, qu'en vertu de l'article 2100 C. C., il y avait un délai accordé pour l'enregistrement et qu'avant l'expiration de ce délai, même si un jugement avait été enregistré par un créancier du vendeur, les droits de l'acquéreur auraient préférence, pourvu que son titre fût enregistré avant l'expiration de ce délai, peu importe que cet enregistrement eût lieu avant ou après l'enregistrement de l'hypothèque judiciaire.

Voici la première partie de l'article qui, seule, nous intéresse: "Le vendeur, le donataire, l'échangiste d'un immeuble conserve tous ses droits et privilèges par l'enregistrement de l'acte d'aliénation dans les trente jours à compter de sa date, à l'encontre de toute personne dont le droit a été enregistré entre la date de tel acte d'aliénation et son enregistrement".

L'on disait que l'effet rétroactif de cette loi devait avoir lieu, tant en faveur de l'acquéreur que du vendeur.

Il ne faut pas oublier cependant que cet article ne mentionne pas l'acquéreur, et avec raison, car autrement, s'il y avait un délai accordé en sa faveur il faudrait qu'il attende lui-même trente jours pour s'assurer s'il n'y a pas un autre acquéreur antérieur qui serait encore dans le délai pour enregistrer: ce qui ne manquerait pas d'être une entrave aux transactions immobilières.

De plus, les prescriptions de cet article, qui est une loi d'exception, ne sauraient être étendues à l'acquéreur par analogie.

Nous disons donc sans hésitation que l'article en question ne peut s'appliquer à l'acquéreur.

175.—Nous citons quelques uns des principaux jugements qui se rapportent à cette matière.

En 1878, dans une cause de Lefebvre vs. Branchaud(1), la Cour de Revision a décidé qu'une hypothèque judiciaire prise contre le vendeur était valable. L'acquéreur n'avait enregistré son titre qu'après l'enregistrement de l'hypothèque

(1) 1 L. N., 230.

judiciaire, et de plus l'immeuble était encore en la possession du vendeur.

Voici ce que dit, au cours de ce jugement, le juge Dorion :

"Does an unregistered sale divest the vendor of possession with respect to third parties, so that the latter cannot acquire a legal or judicial hypothec on the property sold. Held that it does not. . . . There was no reason why a distinction should be drawn between a conventional and a legal or judicial hypothec."

Nonobstant ce jugement, une décision en sens contraire fut rendue, en 1879, dans une cause de Tellier et Pagé(1), peut-être parce que, dans cette espèce, l'acquéreur était en possession de l'immeuble. Ce jugement fut renversé par la Cour de Revision.

Au cours de cette même année, la Cour d'Appel eut à se prononcer sur cette matière dans une cause de Adams vs. Flanders(2).

Le jugement de la Cour Supérieure avait donné gain de cause à l'acquéreur, qui était en possession de l'immeuble, à l'encontre du créancier du vendeur qui avait enregistré son jugement, mais la Cour d'Appel (Monk, J., dissident) renversa ce jugement.

Nous notons que, dans cette cause, la vente avait été enregistrée après l'hypothèque judiciaire, mais tout de même en dedans de trente jours.

Le juge Monk déclara que, dans son opinion, un jugement peut-être enregistré seulement contre un immeuble en la possession du débiteur, et que l'enregistrement d'un jugement contre un immeuble, qui a été vendu par le débiteur, est sans effet, et il cita l'article 202f C. C.

Voici quelques extraits des notes de jugements des juges Dorion et Ramsay :

"As regards third parties, dit le juge Dorion, the registration alone conferred title and not the sale. . . There was an omission in the Code, but the intention was to be inferred from

(1) 2 L. N., 156.

(2) 3 L. N., 5.

the several articles relating to the subject. Article 2130 had a direct bearing on it, because it showed that a sale had no preference over a mortgage. The rule which the majority of the Court adopted was that a mortgage or sale has no effect as regards third parties until it is registered. . . . There is no difference between the judicial and conventional hypothec in this respect."

Et le juge Ramsay: "I may say at once that I do not think the first portion of article 2100 C. C. affects the case. The thirty days given for registration is in favor of the vendor. It may perhaps be asked why it, or some other delay, was not also given in favor of the purchaser; but the answer is the law has so willed it, and has made rules applicable to registration where a delay is specially allowed and where it is not. It was primarily the duty of the purchaser to register"(1).

Il est à noter qu'aujourd'hui il n'est plus fait de distinction entre les cas où l'immeuble est resté en la possession du vendeur et où l'acquéreur en a immédiatement pris possession.

176. Cette interprétation de la loi est conforme à la doctrine enseignée par les auteurs français.

"Depuis la loi du 23 mars, 1855, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (2), le transfert de la propriété des immeubles, s'il a lieu à titre onéreux, ne devient opposable aux tiers que par la transcription de l'acte d'aliénation. Les créanciers hypothécaires sont incontestablement des tiers. Pourvu qu'ils aient fait inscrire leur hypothèque en temps utile, ils peuvent se prévaloir contre l'acquéreur du défaut de transcription de son titre. . . .

"Nous pensons. . . . que l'hypothèque judiciaire frappe les immeubles aliénés par le débiteur, pourvu qu'elle ait été inscrite avant la transcription de l'acte d'aliénation."

(1) Crépeau et Bruneau, 24 C. S., 368.

(2) 2 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1269.

CHAPITRE IV

RANG DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.—ARTICLE 2098 (*Suite*).

CRÉANCIERS DE L'ACQUÉREUR.

SOMMAIRE. 177—Créanciers de l'acquéreur.—Généralités. 178—Jurisprudence.—Hypothèques conventionnelles. 179—Jurisprudence.—Hypothèques judiciaires. 180—Jugement de la Cour d'Appel dans la cause de Roch vs Thouin. 181—Conclusions. 182—Auteurs canadiens. 183—L'intention des Commissaires. 184—Rang de deux créanciers ayant enregistré avant l'acquéreur. 185—Droit français. 186—Cause de Lacroix vs Nault et Rousseau.

177.—Après avoir discuté les droits des créanciers du vendeur, il nous reste à nous fixer sur ceux des créanciers de l'acquéreur acquis dans les mêmes circonstances, c'est-à-dire, si le titre d'aliénation n'a été enregistré qu'après l'hypothèque judiciaire d'un de ses créanciers, et après l'expiration du délai de trente jours mentionné à l'article 2100.

Ici, on le comprend, il y aura conflit entre le vendeur et ce créancier; et l'article 2100 doit en conséquence recevoir son application: ainsi, si l'acte d'aliénation a été enregistré en dedans de trente jours, même si un créancier de l'acquéreur a enregistré un jugement avant, la préférence est acquise au vendeur, sans qu'il puisse y avoir discussion, vu l'effet rétroactif produit par cet enregistrement, suivant les termes de cet article.

Si l'article 2098 n'existait pas, l'on serait peut-être tenté d'appliquer la règle générale et d'accorder la préférence au droit enregistré le premier. Mais c'est précisément l'interprétation de cet article qui soulève des difficultés, et qui a amené nos tribunaux à se prononcer tantôt en faveur du créancier et tantôt en faveur du vendeur.

Avant que de chercher à établir le rang de ces différents droits, nous allons passer en revue la jurisprudence sur cette matière, puisque, comme pour tout texte difficile ou qui prête à équivoque, c'est dans les jugements de nos tribunaux que nous devons trouver l'interprétation de la loi.

178.—Nous commencerons par citer quelques jugements rendus dans des causes où il s'agit d'hypothèques conventionnelles, vu que les arguments apportés de part et d'autre pourraient s'appliquer également s'il eût été question d'hypothèques judiciaires; et nous examinerons ensuite les arrêts rendus dans des causes où l'hypothèque enregistrée était judiciaire.

Dans une cause de Racine et Delisle(1), dans laquelle le jugement fut rendu en 1882, l'on trouve les arguments des deux côtés admirablement exposés.

La Cour de Revision qui prononça le jugement était présidée par les juges Meredith, Stuart et Casault. Les deux premiers donnèrent gain de cause au vendeur, tandis que le juge Casault croyait que c'est le créancier hypothécaire qui aurait dû l'emporter.

Voici un résumé des principales raisons, apportées par le juge Casault à l'appui de son opinion, avec sa conclusion: Le dernier alinéa de l'article 2098 ne crée pas une nullité, il suspend simplement l'effet de l'enregistrement de l'hypothèque; il faut assimiler la position du créancier à celle du possesseur sous l'article 2043; l'article 2083 ne mentionne qu'une seule exception à la règle que tout droit réel a effet de son enregistrement et c'est le cas où il y a un délai accordé pour l'enregistrement; décider contre le créancier, c'est enlever tout effet à l'article 2100; l'article 2130 s'oppose aussi à cette interprétation.

"Pour ces raisons, dit le juge Casault, je crois que le dernier paragraphe de l'article 2098 ne fait que suspendre et tenir latent l'effet de l'enregistrement des cessions et hypothèques consenties par l'acquéreur avant celui de son titre d'acquisition, que l'enregistrement de ce titre, plus de trente jours après sa date, écarte l'obstacle qui suspendait celui des cessions et hypothèques enregistrées auparavant, et rend à ces dernières leur effet à l'encontre de tous les ayants-cause de l'acquéreur, y compris le vendeur qui n'a plus alors pour son prix qu'un rang postérieur dû à l'enregistrement tardif de son titre de créance.

(1) 8 Q. L. R., 135.

"Une autre interprétation n'atteindra même pas l'objet que l'on paraît avoir en vue, celui de protéger le bailleur du fonds, je serais tenté de dire celui de favoriser le créancier négligent: car, du moment où elle sera connue, la personne qui voudra acquérir une hypothèque ou tout autre droit réel sur la propriété, ou la propriété même de celui qui n'aura pas enregistré son titre, aura soin de le lui faire enregistrer par inscription comme le permet la loi. Le prix de vente n'étant pas mentionné dans le bordereau, dont l'enregistrement ne conserve que les droits qui y sont énoncés, son enregistrement assurera tout leur effet à celui fait, en même temps de la cession où de l'hypothèque consenties par l'acquéreur, et fera prévaloir leurs droits sur ceux du vendeur qui n'aura pas enregistré dans les trente jours."

Ces notes de jugement du juge Casault contiennent à peu près tous les arguments de ceux qui partagent cette opinion, développés au long et avec l'autorité qui s'attache à son nom.

Voici, d'autre part, quelques extraits du jugement du juge en chef Meredith, en la même cause:

Si on considère l'article 2098 seul, prétend ce magistrat, il est évident que le privilège du bailleur se trouvait à être enregistré avant l'hypothèque du créancier et qu'en conséquence il devait la primer, parce que le titre du créancier est sans effet avant l'enregistrement de l'acte d'aliénation.

Pour répondre à l'argument que, si on combine pour interprétation ensemble les articles 2043 et 2100 avec l'article 2098, il faut adopter une opinion contraire à la sienne, il dit, en partie: Que l'article 2043 prévoit le cas où le titre n'est pas suffisant, tandis qu'ici il l'est.

Et plus loin: "Article 2043 in the plainest terms gives a retroactive effect to the hypothec therein spoken of, whereas there is not one word, in article 2098 tending to give a retroactive effect to the registration therein mentioned.

"....So far as I can see there is nothing in this provision (2098) tending to make it retroactive. And yet we are required to put upon the two articles the same interpretation."

Référant à l'article 2100, citée comme autre obstacle à son interprétation de la loi, le savant magistrat ajoute:

"Under this article it would obviously be impossible to say that a *bailleur de fonds*, claim registered on the thirty first day from the date of the sale, could be preferred to an hypothecary claim registered the day previous; but on the other hand, it could not be denied that if the *bailleur de fonds*' claim were registered on the thirty first day from the date of the sale, and the hypothec on the thirty second, or, in other words, that if the *bailleur de fonds*' claim was registered before the hypothec, that the *bailleur de fonds*' claim should be the first collocated. In the present case, as already explained, the registration of the *bailleur de fonds*' claim was perfected, whilst the registration of the hypothec, was, under the express words of the law, "without effect". We, therefore, say that the *bailleur de fonds*' claim was registered before the hypothec, and, on that ground alone, give a preference to the *bailleur de fonds*' claim."

Ce jugement, cependant, fut loin de fixer la jurisprudence et les magistrats gardèrent chacun leur opinion respective, et jugèrent en conséquence à l'occasion.

Ainsi, notamment dans une cause de Huet et Laporte(1), le juge Mathieu, en 1892, donna préférence au créancier hypothécaire.

En 1892 aussi, fut plaidée à Québec devant les juges Casault, Routhier et Andrews, siégeant en revision, une cause de Sylvain et Labbé(2).

Cette cour renversa le jugement de la Cour Supérieure de Beauce (Andrews, J. dissident), et déclara que le créancier hypothécaire primait le vendeur. C'est dire que le juge Casault maintint la position qu'il avait prise et fut appuyé par le juge Routhier.

Le juge Routhier s'exprima ainsi:

(1) 2 C. S., 66.

(2) 2 C. S., 486.

"Cet enregistrement, qui d'après la loi doit rester sans effet jusqu'à ce que l'enregistrement du droit de l'acquéreur ait lieu, est-il un enregistrement nul en loi ?

"Certainement non; car autrement il faudrait enregistrer de nouveau, ce que personne n'a jamais soutenu.

"Seulement, l'effet de l'enregistrement est suspendu, jusqu'à l'enregistrement du droit de l'acquéreur. . . . Il y avait obstacle à l'effet de non pas à la validité de l'enregistrement."

Et le juge Casault, après avoir référé à la cause de Racine et Delisle et avoir dit qu'il n'avait rien à ajouter à son opinion y exprimée, ajoute :

"Une autre raison, qui m'engage à maintenir l'opinion que j'ai déjà exprimée sur l'interprétation de cette partie de l'article 2098 C. C., est qu'il ne reste plus à la Cour d'Appel, un seul des juges qui siégeaient dans la cause de Pacaud et Constant, et que cette importante question aurait une autre considération plus satisfaisante qu'il ne paraît lui en avoir été donnée jusqu'ici, et l'expression formelle des nouveaux juges qui composent ce tribunal sur la signification qui doit être donnée à la partie sus-transcrite de l'article 2098."

Le vœu ainsi exprimé par le juge Casault fut exaucé presque aussitôt; car, en effet, une cause se présenta qui alla jusqu'en appel et fournit l'occasion à ce tribunal de se prononcer en cette matière.

En effet, en janvier 1893, la Cour de Revision, siégeant à Montréal, maintint unanimement la préférence en faveur du vendeur dans une cause de Roch vs. Thouin et Archambault(1).

Ce jugement renvoya le jugement du juge Doherty, dont l'un des considérands était: "Considering that the effect of said article (2098) is to suspend the effect of the registration of any real right granted by the purchaser until the registration of his said title, but not to alter or diminish the effect of said registration, once the suspension of its effect is put an end to by the registration of the title of such purchaser"

(1) 3 C. S., 141.

Ainsi le juge Doherty prenait bien absolument la même position que le juge Casault et interprétait la loi absolument de la même manière.

Le juge Davidson, l'un des juges qui siégeaient en revision (les autres étaient Johnson et Tait), dit en partie :

"Article 2098 was new law, introduced by the codifiers for a particular purpose, and that purpose would in my belief, be nullified by the adoption of a contrary opinion. On the other hand article 2100 was old law, and therefore, could not possibly have been intended to interpret or limit article 2098.

"The dominating principle which the codifiers sought to enforce throughout the whole of the articles respecting registration was "the universal publicity of real rights".

"..... Instead of being "without effect"....., practically every effect would be produced if the mortgage of a purchaser were permitted to rank back to the date of its registration, the moment his deed of purchase was registered. As well might the article be struck out of the code, for it would mean the application of the old law..... But it may be asked, what prejudice results to the vendor who lets the thirty days elapse without registration? One example suffices. If the deed of sale were registered by a memorial which did not disclose his privilege, any mortgage given by the purchaser would after the thirty days have priority.

"True physical or symbolical delivery is no longer needed in the contract of sale. It is perfected by the consent alone of the parties (C. C. 1025, 1472). But this general principle is always subject to the provisions for the registration of real rights (C. C. 1027, 1489). So it is that a registered mortgage derived from a purchaser who had not registered, would be of no avail against a second sale made by the same vendor, whether made thirty days or thirty months thereafter and duly registered. In like manner would a judgment against the unregistered vendor oust a registered mortgagee, because the sale until registered has no effect against third persons (Adams & Flanders)(1).

(1) Pacaud & Constant, 4 Q. L. R., 94—confirmée en appel, mais sans motif exprimé.

Il y eut une multitude de jugements dans les deux sens avant ce dernier jugement de Roch et Thouin, qui fut porté en appel.

179.— Mais avant d'examiner le jugement de la Cour d'Appel, et après avoir constaté l'état de la jurisprudence en cette importante matière quant aux hypothèques conventionnelles, il est intéressant de passer immédiatement à l'étude de la question de savoir s'il faut appliquer les mêmes principes aux hypothèques judiciaires.

Encore ici, il est utile de commencer par l'examen de la jurisprudence de nos tribunaux.

Le premier jugement à citer est celui rendu, dans une cause de Charland et Faucher(1), en 1885, par le juge Cimon, siégeant à Joliette.

Il ne s'agissait pas dans cette cause du cas qui nous occupe, car ce n'est pas un créancier de l'acquéreur qui avait enregistré jugement, mais un créancier du vendeur, et cette cause pourrait bien être citée à l'appui de celle de Adams et Flanders, cependant le juge Cimon y exprime dans son jugement un principe général qui peut s'appliquer autant au créancier portant jugement enregistré contre l'acquéreur qu'à celui ayant enregistré un jugement contre le vendeur.

En effet, voici ce que le jugement comporte, en partie :

"Considérant que le dernier alinéa de l'article 2098 C. C. ne s'applique pas à l'hypothèque judiciaire, mais seulement "à toute cession, transport, hypothèque ou droit réel par lui (l'acquéreur) consenti affectant l'immeuble", que l'hypothèque judiciaire n'est pas une hypothèque consentie par l'acquéreur mais est prise malgré lui".

Ainsi donc, si pour dire que l'hypothèque conventionnelle donnée par l'acquéreur ne doit pas être préférée à la vente, on ne se base que sur l'article 2098, dans le cas de l'hypothèque judiciaire cet obstacle serait écarté, et il faudrait appliquer la loi générale et dire que le créancier de l'acquéreur, qui a fait enregistrer son jugement, prime la réclamation du vendeur qui n'a pas enregistré dans les trente jours ni avant ce créancier. Ce serait là la portée de ce jugement, et c'est

(1) 9 L. N., 61.

pour cela que nous disons qu'il pouvait s'appliquer au cas du créancier de l'acquéreur, bien qu'il s'agisse d'un créancier de vendeur.

Il y a cependant un autre jugement, plus "*ad rem*", dans lequel il est affirmé nettement que le créancier de l'acquéreur, qui a jugement et qui l'a fait enregistrer, a une préférence contre le vendeur qui n'a pas enregistré en dedans de trente jours, pourvu, toutefois, que ce jugement soit enregistré avant le privilège du dit vendeur.

En effet, en 1881, dans la cause de Vidal vs. Demers et Leclerc (1), le juge Casault a proclamé le principe que l'hypothèque judiciaire enregistrée contre l'acquéreur primait le privilège du vendeur, non enregistré dans les trente jours, et pourvu, évidemment, que le jugement ait été enregistré avant le dit privilège.

Leclerc avait concédé à Demers certains immeubles moyennant une rente annuelle rachetable. Vidal avait fait saisir les immeubles après avoir fait enregistrer sur iceux un jugement qu'il avait obtenu contre le défendeur Demers. Lors de cet enregistrement, les titres de concession n'avaient pas encore été enregistrés. Leclerc fit opposition afin de faire vendre les immeubles sujets à sa rente. Il échoua.

L'opposant invoqua la cause de Pacaud et Constant, dans laquelle il s'agissait d'hypothèque conventionnelle.

Voici les remarques du juge Casault: "La décision invoquée n'a pas d'application à cette cause que n'affecte pas l'article cité du Code civil (2098), l'hypothèque du demandeur n'étant pas conventionnelle, mais judiciaire.

"Le dernier alinéa de cet article 2098 ne parle que des écrits consentis par l'acquéreur. La règle qu'il fait est restrictive, onéreuse et limitative, elle gêne la liberté et la facilité des contrats, elle est une exception au droit commun, et par conséquent son application doit être limitée au cas spécial qui y est indiqué, celui où le droit est consenti par l'acquéreur, et non celui où il est acquis malgré lui et sans son concours: cette disposition de la loi ne doit, par conséquent, affecter que les droits et les hypothèques conventionnels et non ceux que

(1) 8 Q. L. R., p. 177.

donne la loi même, ou que l'on obtient de la justice. Elle ne peut pas par là même comprendre les hypothèques légales et judiciaires.

"La raison de cette distinction est apparente. Celui qui obtient une hypothèque ou un droit conventionnel pouvant exiger, lors du contrat, que la partie qui s'oblige exhibe ses titres et justifie de ses droits, la loi pouvait lui faire une obligation de cette mesure de prudence usuelle, mais celui qui tient ses droits de la loi même ne peut pas exiger cette exhibition de titres, cette justification pour l'obtention de droits que son débiteur ne le voit acquérir que d'un œil jaloux, et dont il oppose souvent l'obtention; et celui qui les obtient de la justice les obtient par contrainte, et ne peut pas espérer que son débiteur accomplira une formalité qui favorisera l'acquisition du droit qu'il ne peut obtenir qu'en recourant d'abord aux tribunaux, ni même qu'il lui fournira les informations requises. Il est laissé à ses seules ressources pour découvrir les propriétés que possède son débiteur, et doit, lorsque celui-ci n'a pas enregistré ses titres, faire enregistrer son jugement et les avis requis, sans même souvent avoir pu découvrir comment son débiteur a acquis la propriété contre laquelle il prend inscription. Exiger pour la validité immédiate de son hypothèque que le titre de son débiteur eut été préalablement enregistré, eut équivalu à lui en refuser l'obtention. Ce n'est pas de l'enregistrement de ces droits que s'occupent les quatre dernières lignes de l'article 2098. Ils ne peuvent pas être compris dans "les cessions, transports ou hypothèques consentis par l'acquéreur;" et ils ne le sont pas".

Et l'opposant fut condamné à donner caution au demandeur à l'effet que les immeubles seraient vendus un montant suffisant pour le payer (lui, le demandeur).

Et il n'est pas surprenant de voir ce magistrat soutenir cette opinion, attendu que la position du créancier ayant hypothèque judiciaire est certainement plus favorable que celle du créancier ayant hypothèque conventionnelle, si l'on prétend que l'article 2098 ne s'y applique pas. Or, il accordait la préférence même à celui-ci à l'encontre du vendeur, comme

nous l'avons vu, dans les causes de Racine et Delisle et Sylvain et Labbé.

180.—La cause de Roch et Thouin(1) fut portée en appel, et la Cour d'Appel, présidée par les juges Bossé, Blanchet, Hall et Wurtele, en 1894, rendit jugement confirmant celui de la Cour de Revision, et maintenant en conséquence le principe que le privilège du vendeur, bien qu'enon enregistré, primait l'hypothèque conventionnelle concédée par l'acquéreur et enregistrée avant la vente.

Le jugement de la Cour de Revision fut confirmé à l'unanimité et le jugement en appel fut prononcé par le juge Blanchet.

Les raisons données par le savant magistrat furent à peu près les mêmes que celles avancées par les juges de la Cour de Revision. Cependant il n'est pas inutile de lire quelques extraits de ses notes, vu qu'il répond de façon intéressante aux objections soulevées par les partisans de la théorie contraire à la sienne et qu'il traite et de l'hypothèque conventionnelle et de l'hypothèque judiciaire:

"L'appelant prétend que, si la théorie qu'il combat est maintenue, elle donnerait lieu à des conséquences injustes. Il suppose le cas d'un acquéreur qui aurait consenti deux hypothèques successives, enregistrées à des dates différentes, avant de faire enregistrer son titre, et il dit que, du moment que ce dernier sera enregistré, les deux hypothèques prenant effet en même temps, devront être considérées, en vertu du paragraphe 4 de l'article 2130, comme entrées le même jour et à la même heure, et devront être colloquées par concurrence.

"Le contraire a été décidé en 1873 par le juge Tessier, dans la cause de Raymond vs. Damour(2), où il a maintenu que les créanciers gardent, en ce cas, leur droit de priorité entre eux, suivant la date respective de l'enregistrement de leurs titres. D'ailleurs le premier cas prévu par cet article est celui de deux titres créant hypothèque, entrés le même jour et à la même heure, la loi déclarant qu'ils viennent ensemble par concurrence. Dans le cas supposé par l'appelant, les deux titres ont

(1) 3 B. R., 389.

(2) 8 Q. L. R., 149.

été présentés à des jours différents et suivant l'article 2083, ils prennent rang suivant la date de leur enregistrement, sauf le cas de l'article 2098.

"Au reste, le cinquième paragraphe de l'article 2130, qui dit que, si un titre d'acquisition et un titre créant hypothèque sont entrés en même temps, la priorité du titre établit le titre de préférence,—indique suffisamment que si l'on devait considérer l'hypothèque de l'appelant et celle de l'intimé comme prenant effet en même temps le titre translatif de propriété primerait encore l'hypothèque de l'appelant."

"On objecte de plus que l'article 2098 ne s'applique qu'aux droits réels consentis par l'acquéreur, c'est-à-dire l'hypothèque conventionnelle et non à l'hypothèque judiciaire, ainsi qu'il a été décidé par les juges Casault et Cimon, dans la cause de Vidal vs. Demers et Leclerc, opposant, et dans la cause de Charland vs. Faucher, et que, par conséquent, une hypothèque judiciaire prendrait rang avant l'hypothèque conventionnelle.

"Sans examiner cette question, il suffit de rappeler que l'hypothèque judiciaire de même que l'hypothèque conventionnelle ne peut, en vertu des articles 2034 et 2026, affecter que les immeubles appartenant au débiteur, et qu'en vertu des articles 1472, 1025 et 1037, les immeubles ne deviennent la propriété d'une personne, vis-à-vis des tiers, que du jour où l'acte qui les transmet a été enregistré.

"En effet, il a été décidé dans la cause de Lefebvre vs. Branchaud, et par cette cour, dans la cause de Chesmer vs. Jamieson (1), que la vente sans enregistrement n'a aucun effet à l'égard des tiers, et que, jusqu'à ce qu'un acquéreur d'immeuble ait enregistré son titre, les créanciers du vendeur peuvent, subséquemment à la vente, prendre une hypothèque légale et judiciaire sur l'immeuble vendu.

"Si on admettait la théorie de l'appelant, on se trouverait en présence d'un singulier système hypothécaire, car d'un côté, tant que le titre translatif de propriété n'a pas été enregistré les créanciers du vendeur peuvent prendre hypothèque sur l'immeuble vendu, et de l'autre, les créanciers de l'acqué-

(1) 19 L. C. J., 190.

reur pourraient en faire autant, et alors la même propriété pourrait être à la fois assujettie aux dettes de deux personnes différentes: le vendeur et l'acquéreur."

181.— Nous devons maintenant nous demander quelles conclusions il faut tirer de cette jurisprudence.

D'abord, quant à l'hypothèque conventionnelle, il n'y en a évidemment qu'une possible: la Cour d'Appel s'est prononcée formellement, et, après avoir examiné la multitude de décisions contradictoires, a opté en faveur de celle qui donnait préférence au vendeur sur le créancier de l'acquéreur.

Et cette décision fait autorité aujourd'hui.

Quant à l'hypothèque judiciaire, il est évident que toutes les raisons, qui militaient en faveur du créancier ayant hypothèque conventionnelle, peuvent être invoquées, "*mutatis mutandis*", en faveur du créancier ayant hypothèque judiciaire; et c'est pourquoi nous avons cité la jurisprudence sur l'hypothèque conventionnelle.

Mais, en faveur du créancier ayant hypothèque judiciaire, il y a en plus l'argument invoqué par les juges Casault et Cimon, à l'effet que l'article 2098 ne s'applique pas du tout à l'hypothèque judiciaire, mais seulement aux hypothèques conventionnelles, à cause du mot "*consenti*" qui se trouve dans cet article.

Remarquons que le seul jugement se rapportant absolument à la question que nous avons trouvé dans les rapports est celui du juge Casault; car le juge Cimon, dans l'espèce qu'il fut appelé à juger, n'eut pas à se prononcer formellement sur la question, bien que le principe qu'il a exprimé montre clairement qu'il se rangeait du côté du juge Casault, dont il a d'ailleurs cité le jugement.

Et nous ne trouvons pas de jugement nettement à l'encontre.

Devons-nous cependant en venir à la conclusion que la jurisprudence est en conséquence en faveur du créancier? Nous ne le croyons pas.

En effet, la Cour d'Appel, dans cette cause d'Archambault vs. Thouin, a exprimé carrément son opinion bien que la ques-

tion n'y fût pas soulevée, et cela apparemment dans le but de faire voir quel était son sentiment sur toute cette matière et de fixer la jurisprudence.

Et cette Cour, à l'occasion, aurait jugé en sens contraire du juge Casault.

De plus, les jugements que nous avons cités et, entre autres, celui de la Cour d'Appel dans la cause de *Adams vs. Flanders*, ne sont-ils pas indirectement à l'encontre de celui du juge Casault?

Ces décisions sont à l'effet que les créanciers du vendeur, porteurs de jugement, peuvent acquérir hypothèque tant que le titre de l'acquéreur n'est pas enregistré, or, suivant l'argument du juge Blanchet, comment les créanciers ayant jugement contre et le vendeur et l'acquéreur peuvent-ils prendre hypothèque judiciaire sur le même immeuble? On ne dira pas qu'ils viendraient alors par préférence, suivant la date de l'enregistrement de leurs titres, car on ne peut acquérir hypothèque judiciaire que sur l'immeuble appartenant au débiteur au moment de l'enregistrement. Or, vis-à-vis de la loi, un immeuble ne peut appartenir pour le tout en même temps à deux personnes différentes. Donc, si le vendeur est considéré comme propriétaire, les créanciers de l'acquéreur ne peuvent valablement enregistrer leurs hypothèques judiciaires.

En conséquence, nous croyons avoir le droit de dire que la jurisprudence en vient à la même décision quant aux hypothèques judiciaires que pour les hypothèques conventionnelles, c'est-à-dire que les créanciers hypothécaires de l'acquéreur, que leur hypothèque soit conventionnelle ou judiciaire, n'ont pas de préférence vis-à-vis du vendeur qui a priorité pour son privilège de bailleur de fonds, ni vis-à-vis de ses créanciers ayant dûment enregistré leurs droits.

182.—Cependant, la question ne semble pas encore être définitivement tranchée, car nous voyons deux éminents légistes et professeurs de droit, Sir F. Langelier et le juge Gervais, différer d'opinion sur cette matière.

En effet, le juge Gervais écrivant, en 1896, dans la *Revue Légale*(1), s'est exprimé comme suit:

"Disons en passant que cette nullité, prononcée par l'article 2098, s'applique non seulement aux hypothèques conventionnelles, mais aux hypothèques judiciaires.

"L'article 2098 ne fait de distinction entre aucune hypothèque.

"Pourquoi faire cette distinction? Pourquoi distinguer entre le contrat passé devant un notaire ou sous seing privé et le contrat passé devant un juge?"

Il ne reste plus aujourd'hui sur le banc de la Cour d'Appel un seul des juges qui avaient siégé dans cette cause d'Archambault et Thouin, mais il semble certain que, si la même question était débattue de nouveau devant ce tribunal, tel que présentement constitué, le juge Gervais au moins se prononcerait dans le même sens.

D'autre part, voici l'opinion de Sir F. Langelier(2):

"Une autre question se présente sur le dernier alinéa de l'article 2098. Il dit que, jusqu'à ce que l'enregistrement du titre de l'acquéreur ait eu lieu, l'enregistrement de tout autre titre, etc., ou de tout droit réel, par lui "consenti" est nul. Comme vous le voyez, il n'y a que les droits réels consentis par l'acquéreur dont l'enregistrement est déclaré nul. Par conséquent, si une hypothèque légale ou judiciaire a pris naissance du chef de l'acquéreur, parce qu'il s'est marié ou a été nommé tuteur, ou parce qu'un jugement a été rendu contre lui avant l'enregistrement de son titre, il faut décider que, si ces hypothèques sont enregistrées, leur enregistrement est valide, bien que le titre d'acquisition de l'acquéreur n'ait pas été encore enregistré. En effet, ces hypothèques n'ont point été consenties par Secundus (l'acquéreur), mais elles ont été créées par la loi. C'est, sans doute, une anomalie, mais le texte du Code est si positif qu'on ne doit pas s'en écarter, vu surtout qu'il s'agit d'une nullité, et qu'on ne peut créer de nullité par analogie."

183.—Il nous semble que l'opinion ou l'intention des Commissaires est clairement indiquée, si l'on note le fait qu'ils

(1) 2 R. L. (N. S.), 92.

(2) 6 Langelier, p. 342.

n'ont pas répété, dans le Code, la section 9 des S. R. B. C., ch. 37, qui disait précisément, entre autres choses, que le privilège du bailleur, non enregistré dans les trente jours, était sans effet vis-à-vis des créanciers hypothécaires, etc., qui avaient enregistré.

Nous pouvons conclure de cette omission qu'ils n'avaient certainement pas l'intention de perpétuer cette législation.

Nous lisons de plus dans leurs commentaires(1): "L'amendement à l'article 11 (maintenant l'article 2098) dont il vient d'être parlé a pour objet d'établir comme règle universelle le système de la publicité. . . . Et pour contraindre à l'enregistrement l'article suggéré ne donne aucun effet à l'enregistrement des actes de celui dont le titre de propriété n'est pas enregistré".

Et à la page 65, ils condamnent le système qui protégeait l'acquéreur qui n'avait pas enregistré, mais qui était en possession.

Leur but était précisément, en édictant cet article, de faire disparaître toutes les exceptions à la loi exigeant l'enregistrement, et il nous semble difficile de conclure des termes de l'article, suggéré justement dans le but d'étendre la loi de la publicité et de contraindre à l'enregistrement, à une exception en faveur de l'hypothèque judiciaire.

Nous soutenons en conséquence que les Commissaires n'avaient certainement pas l'intention de traiter, au point de vue qui nous occupe, le créancier ayant hypothèque judiciaire autrement ou plus favorablement que celui ayant hypothèque conventionnelle.

Les Commissaires étaient peut-être aussi d'opinion que la loi générale prévoyait le cas et le réglait. En effet, l'on peut bien soutenir que, même sans la dernière partie de l'article 2098, si l'on prétend qu'elle ne s'applique pas aux hypothèques judiciaires, il faut encore conclure à la préférence pour le vendeur.

Au point de vue de la simple équité d'abord, il n'y a aucune raison pour favoriser le créancier de l'acquéreur ayant hypothèque judiciaire au détriment du vendeur, puisque la somme

(1) Rapport des Commissaires, vol. 3, p. 67.

réclamée par ce dernier lui est certainement due et représente en tout ou en partie la valeur de sa propriété, tandis que l'acquéreur ne devrait réellement avoir droit à la propriété de l'immeuble qu'après en avoir payé le prix, et permettre à un créancier de l'acquéreur de primer le vendeur, c'est permettre à un représentant de cet acquéreur de s'enrichir aux dépens d'autrui.

Dans les articles concernant la vente, que nous avons déjà cités, et dans les articles 2082 et suivants jusqu'à et y compris l'article 2098, il est expressément ou implicitement déclaré que les titres de transport de la propriété doivent être enregistrés pour avoir effet à l'égard des tiers.

Si, malgré ces règles générales, l'on donnait une préférence au créancier ayant hypothèque judiciaire, l'on donnerait toute force et tout effet à un titre non enregistré.

Le Code a décrété que le seul consentement des parties est suffisant pour qu'il y ait vente, entre les parties, mais quant aux tiers, il faut de plus qu'il y ait enregistrement.

L'hypothèque judiciaire, enregistrée dans ces circonstances, ne serait pas nulle dans le sens qu'elle pourrait être radiée, mais son effet serait suspendu jusqu'à l'enregistrement du titre de l'acquéreur.

184.—Si deux créanciers ayant jugement contre l'acquéreur avaient enregistré avant lui, ils ne seraient pas préférés au vendeur, tel que nous venons de le dire, mais nous pouvons nous demander quel devrait être leur rang entre eux. Viendraient-ils par concurrence, puisque l'enregistrement de leurs titres est sans effet ou prend effet en même temps ? Nous ne le croyons pas : c'est le jugement enregistré le premier qui primera l'autre. Ceci a été donné comme l'interprétation juste de la loi dans les causes de Racine et Delisle et Archambault et Thouin.

185.—Les auteurs français ne paraissent pas avoir étudié spécialement cette question des droits du créancier de l'acquéreur, au cas de conflit avec le vendeur, dans les circonstances mentionnées ci-dessus. Et c'est probablement parce qu'ils

considèrent que la vente non enregistrée ne confère aucun droit quant aux tiers, vis-à-vis desquels elle est pratiquement inexistante.

"La validité et l'efficacité, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, de l'hypothèque consentie à secundus (Créancier du vendeur dont l'acte de vente n'a pas été transcrit) ne peuvent pas être révoquées en doute. Car elle a été constituée et inscrite à une époque où, faute de transcription, Pierre (le vendeur) était resté saisi de la propriété de l'immeuble à l'égard des tiers. Secundus peut incontestablement se prévaloir de l'inaccomplissement de cette formalité et soutenir que son hypothèque est valable et qu'elle a été utilement inscrite.

"Mais il va se trouver en conflit avec Primus, le créancier hypothécaire de l'acheteur. La validité de l'hypothèque de celui-ci ne nous paraît pas discutable. Par l'effet du contrat, Paul, l'acheteur, est devenu propriétaire de la chose vendue. Il peut en disposer, il a le droit de l'hypothèque. Le créancier hypothécaire du vendeur se trouve ainsi en conflit avec le créancier hypothécaire de l'acheteur.

"Auquel des deux accorderons-nous la préférence ? Au créancier du vendeur, quoique la date de son inscription soit postérieure. En effet, le droit du créancier hypothécaire de l'acquéreur est subordonné à l'acquisition par celui-ci de la propriété de l'immeuble. Or la vente qui lui a été consentie n'a pas été transcrite; elle n'est pas opposable au créancier hypothécaire du vendeur; celui-ci a donc le droit de dire que l'acheteur n'étant pas devenu propriétaire à son égard, l'hypothèque consentie à Primus a été constituée "*a non domino*", qu'elle ne lui est pas opposable et ne peut pas lui nuire"(1).

La théorie du droit français est donc semblable à la nôtre sur ce sujet, bien que dans le Code Napoléon il n'y a aucun article qui ressemble à nos articles 2098 et 2130. Dans les deux pays, l'on s'accorde sur le principe général que c'est l'hypothèque, créée par le vendeur ou prise de son chef, qui doit primer celle du créancier de l'acquéreur.

(1) Vol. 2, 1556.

186.—En 1909, la Cour d'Appel a renversé unanimement un jugement de la Cour Supérieure dans une cause de Lacroix vs. Nault et Rousseau(1). Nous allons citer quelques extraits des notes du juge en chef Archambault, qui prononça le jugement, car, bien qu'il ne soit pas absolument "*ad rem*", ce jugement fait bien voir, semble-t-il, l'opinion de cette cour en ces matières d'enregistrement de droits réels, et qu'elle se prononcerait dans le sens de la jurisprudence antérieure que nous avons citée, si l'occasion lui en était fournie, sur les questions que nous avons étudiées dans ce chapitre.

".... Entre les parties contractantes, dit le juge Archambault, la vente d'un immeuble est parfaite par le seul consentement des parties (article 1472). Mais, propriétaire à l'égard du vendeur, l'acheteur ne l'est pas à l'égard des tiers; il ne le devient qu'en faisant enregistrer son acte d'acquisition (article 2098). Donc, jusqu'à ce que cet enregistrement ait eu lieu, l'acheteur ne peut opposer son droit aux tiers; c'est-à-dire qu'à leur égard, il n'est pas propriétaire. C'est pourquoi il ne peut ni vendre, ni céder, ni hypothéquer l'immeuble (article 2098).

"De son côté le vendeur a cessé d'être propriétaire à l'égard de l'acheteur, mais il continue à l'être à l'égard des tiers, tant que l'enregistrement n'a pas été effectué. Il peut donc encore aliéner l'immeuble, l'hypothéquer, le grever de droits réels, et ces actes sont valables; ils pourront être opposés à l'acheteur, si les tiers ont rempli les formalités prescrites par la loi."

(1) 18 B. R., 455.

QUATRIÈME PARTIE

CHAPITRE I

RADIATION

SOMMAIRE. 187—Définitions et généralités. 188—Comment se fait la radiation. 189—Radiation d'un jugement comportant frais. 190—Qui peut demander la radiation et où cette demande doit être faite. 191—Contre qui prendre l'action. 192—Dans quels cas la radiation sera-t-elle ordonnée? 193—Documents à produire et formalités à observer. 194—Jugement attaqué par requête civile. 195—Jurisprudence. 196—Auteurs français. 197—Radiation illégale et nulle.—Généralités. 198—Jurisprudence. 199—Conclusion. 200.—Auteurs français. 201—L'acquéreur peut-il forcer le vendeur à faire radier une hypothèque? 202—Jurisprudence. 203—Réduction de l'hypothèque. 204—Renouvellement de l'enregistrement.

187.—La radiation d'une hypothèque est la déclaration et l'annotation du registrateur qui constate la disparition ou l'extinction de cette hypothèque, comme affectant ou grevant tel immeuble.

Ainsi radier une hypothèque ne consiste pas pour le registrateur à raturer le droit existant, comme le mot semblerait l'indiquer, mais simplement à noter en marge que le droit n'existe plus sur tel immeuble.

En effet, après l'enregistrement d'une hypothèque sur un immeuble, si elle cesse d'exister légalement parce qu'elle est éteinte, ou si elle n'avait jamais dû être inscrite, elle doit disparaître, attendu qu'elle n'a plus ou n'a pas sa raison d'être et que le créancier n'a pas le droit d'exiger qu'elle demeure.

L'hypothèque enregistrée, résultant d'un jugement, devient une hypothèque ordinaire; elle produit les mêmes effets, donne les mêmes droits et disparaît de la même façon. Aussi nous bornerons-nous à n'examiner que brièvement cette question, vu qu'elle n'offre aucun intérêt particulier au point de vue de l'hypothèque judiciaire.

Il va sans dire qu'il n'y a pas de radiation possible sans présentation d'un document quelconque au registrateur qui, lui, fait la radiation.

Il est à peine nécessaire d'ajouter que la radiation légale éteint complètement l'hypothèque et l'annule à toutes fins que de droit à l'égard de tous.

Ajoutons que l'hypothèque peut être radiée sans que la créance, ou, dans le cas qui nous occupe, le montant dû en vertu du jugement, ne soit acquittée. Si le jugement est éteint, l'hypothèque, qui est l'accessoire, devra être radiée, tandis que la proposition contraire ne serait pas vraie.

188.—L'article 2148 C. C. répond à la question comment peut se faire ou en vertu de quoi peut se faire la radiation de l'enregistrement d'un jugement ou autre droit réel.

Article 2148 C. C.: "L'enregistrement d'un droit réel ou le renouvellement est rayé du consentement des parties, ou en vertu d'un jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée".

Rien de plus naturel que du consentement des parties la radiation puisse être effectuée. En effet, qui pourra l'y maintenir, cette hypothèque, si les parties intéressées veulent qu'elle disparaisse, pourvu évidemment qu'il n'y ait pas de fraude.

Même le consentement seul du créancier est suffisant, c'est lui qui a enregistré, à qui profite l'enregistrement et il est sûrement libre d'y renoncer, s'il le désire.

Donc par "parties intéressées" dans cet article, il faut comprendre le créancier et le débiteur, bien qu'il s'agisse surtout du créancier qui peut agir seul ou en vertu d'une convention avec son débiteur.

Le législateur, en décrétant que la radiation pouvait être faite en vertu d'un jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, a voulu défendre au registrateur de radier tant que le jugement pouvait être cassé par un autre jugement; ainsi la radiation ne devrait être faite seulement si le jugement est rendu par une cour dont il n'y a pas appel ou si les délais pour appel sont expirés; dans le premier cas, il sera en dernier ressort et dans les deux cas aura acquis force de chose jugée.

Cependant, si le jugement est rendu par défaut et alors même qu'il ne serait pas permis d'en appeler, nous croyons qu'il faudrait que le registrateur attende l'expiration des délais pour faire opposition avant que de radier. Et, dans ce dernier cas, le registrateur sera justifiable de radier quinze jours après la signification du jugement prononçant la radiation, lequel, en vertu de l'article 2154 C. C., doit d'ailleurs toujours être signifié; notons que ceci n'enlèvera pas à celui qui demande la radiation le droit de faire acquérir à son jugement par défaut force de chose jugée par tout autre moyen à lui fourni par la loi(1).

189.—Il y a cette particularité dans la radiation d'un jugement qui comporte frais, dont la distraction est ou n'est pas mentionnée dans l'avis au registrateur, qu'il faut le concours du procureur pour que le registrateur puisse légalement radier. C'est là une conséquence de la nature même de la distraction de frais.

190.—Si le créancier ne consent pas à la radiation, l'article 2149 C. C. dit qu'il peut y être contraint, qui peut l'y contraindre et où l'action en radiation peut être prise.

Article 2149 C. C.: "Si la radiation n'est pas consentie, elle peut être demandée au tribunal compétent par le débiteur, le tiers détenteur, le créancier hypothécaire subséquent, la caution et par toute partie intéressée, avec dommages-intérêts, dans les cas où ils peuvent être dûs".

Cet article suppose le cas où le créancier ne peut ou ne veut consentir à la radiation et donne un recours aux différentes parties qui y ont intérêt pour l'y contraindre au moyen d'une action directe. C'est la radiation judiciaire, *i. e.* ordonnée par la justice.

Il est possible que le créancier ne puisse consentir à la radiation, car il faut être capable pour le faire, c'est-à-dire, il faut avoir la capacité légale de donner une quittance de la créance.

L'article détermine de plus qui peut intenter l'action et accorde ce droit à toute partie intéressée. L'énumération contenue dans cet article n'est pas limitative, il suffit que la

(1) Arts. 2154 C.C. et 1166 C. P.

demande soit faite par une personne qui a intérêt à la disparition du droit en question.

Quant à la caution, son intérêt, à première vue, n'apparaît pas bien clairement, mais il semble qu'elle peut être fortement intéressée à la radiation, non pas au point de vue de ses obligations quant à la créance, mais au point de vue de son crédit qui peut être sérieusement affecté, si, sans raison, elle paraissait responsable d'une hypothèque considérable.

L'article dit aussi que le créancier, à qui appartient l'hypothèque, devra être poursuivi devant le tribunal compétent, c'est dire, attendu qu'aucune exception n'est faite, que c'est devant le tribunal ordinaire, le tribunal où il pourrait être poursuivi pour n'importe quelle obligation, et non pas nécessairement le tribunal du lieu ou district où est situé l'immeuble grevé.

C'est là une différence avec le droit français, car, en vertu de l'article 2159 C. N., l'action doit être prise devant le tribunal de la situation de l'immeuble.

191.—L'action sera intentée contre l'individu, qui aurait droit de consentir à radier volontairement, contre le créancier, dans l'intérêt duquel et pour protéger les droits ou la réclamation duquel, l'enregistrement a été fait, ou encore contre ses ayants-cause, héritiers, etc.

192.—Dans quels cas la radiation sera-t-elle ordonnée ? L'article 2150 répond à cette question.

Article 2150 C. C.: "La radiation doit être ordonnée lorsque l'enregistrement ou le renouvellement a été fait sans droit ou irrégulièrement, ou sur un titre nul ou informe ou lorsque le droit enregistré est annulé, résilié ou éteint par prescription ou de toute autre manière".

Ainsi le tribunal devra ordonner la radiation de l'hypothèque judiciaire, si elle a été inscrite sans droit, par exemple, sur un immeuble qui n'appartient pas au débiteur, ou encore sur un immeuble sur lequel une hypothèque ne pouvait être prise, ou si le jugement a été annulé ou cassé ou si l'hypothèque elle-même indépendamment du jugement a été éteinte, ou enfin et évidemment si le jugement a été soldé en capital, intérêts et frais. En un mot, l'ordre de radier devra être donné si, au

moment où la demande en est faite, le créancier n'a plus le droit d'avoir et de garder cette hypothèque sur l'immeuble en question.

193.—Pour faire cette radiation, le registrateur doit exiger la production d'une quittance authentique, ou sous seing privé se conformant aux prescriptions de l'article 2151 C. C., ou encore la production d'une copie authentique du jugement ordonnant la radiation ou annulant le jugement enregistré.

Dans le cas où la radiation doit être effectuée en vertu d'un jugement, le registrateur exigera de plus un certificat du greffier de la cour qui l'a rendu constatant que les délais d'appel sont expirés, tel que décrété par l'article 2153 C. C.

Ainsi le registrateur doit s'assurer si le jugement a définitivement acquis force de chose jugée, tel qu'exigé par l'article 2148.

La loi, vu la grande importance de la radiation et des conséquences si graves, et quelquefois même irréparables, qu'elle peut entraîner pour le créancier, exige de plus que le jugement soit signifié(1).

194.—Un jugement en dernier ressort ou ayant acquis force de chose jugée peut encore être attaqué par requête civile, mais évidemment le registrateur ne doit pas retarder la radiation sous ce prétexte, car les délais pour intenter cette procédure sont indéfinis et peuvent s'étendre à un grand nombre d'années(2).

195.—Nous avons une jurisprudence considérable sur le sujet qui nous occupe, mais en général il y a assez peu de divergence d'opinion parmi nos magistrats, vu que les règles qui gouvernent cette matière sont d'une interprétation assez claire. Il n'est pas sans intérêt cependant d'examiner quelques espèces, vu l'application qui y est faite des principes généraux.

Dans une cause de *Filliatrault vs. Belair et Belair*(3), il a été décidé, en 1897, par le juge Loranger que l'obligation de radier est indivisible et solidaire quant aux créanciers.

(1) Article 2154 C. C.

(2) Articles 1177 et suivants.

(3) 12 C. S., 449.

"Considérant, dit ce magistrat, que l'obligation des défendeurs est indivisible; que la radiation de l'hypothèque n'étant pas susceptible de division, chacun des dits défendeurs y est tenu pour le tout; que les principes de l'indivisibilité et de la solidarité s'appliquent à la dite obligation (Articles 1103, 1124, et 1126 C. C.)."

La cause de Reed vs. Bellavance(1) offre un intérêt tout particulier. Dans cette action, qui était en radiation, Bellavance avait poursuivi Reed pour faire radier une hypothèque que lui (à lui, Reed) avait consenti le propriétaire du lot sur lequel il l'avait enregistrée. Mais le propriétaire de ce lot lui avait aussi accordé hypothèque sur les bâtisses qui s'y trouvaient; or ces bâtisses appartenaient à Bellavance qui les avaient achetées par acte sous seing privé d'un nommé Roberge. Bellavance n'avait pas enregistré son titre et il avait toujours depuis occupé ces bâtisses publiquement et à titre de propriétaire.

La Cour d'Appel, en cette espèce, a décidé que les bâtisses construites sur une terre étaient susceptibles de propriété distincte et, en conséquence, d'hypothèques distinctes, et que le propriétaire des bâtisses pouvait se plaindre de l'enregistrement d'une hypothèque émanant du propriétaire du sol et affectant les dites bâtisses.

Cette cour a aussi déclaré qu'un acte sous seing privé suffisait pour transporter la propriété, pourvu que celui qui avait acquis la propriété n'eût pas de conflit avec un autre acquéreur tenant un titre du même vendeur et l'ayant enregistré.

Au cours de ce même jugement, on a de plus affirmé le principe que l'action en radiation peut être prise contre le créancier sans que le débiteur soit mis en cause.

Il ne faut pas oublier cependant que le propriétaire du sol a certains droits qu'il peut exercer, tel que le droit d'accession, et, dans l'espèce même que nous venons de citer, il y avait un écrit mentionnant le fait que le propriétaire du sol pouvait, en donnant six mois d'avis, soit forcer le propriétaire des bâtisses à les enlever, soit les garder en en payant le coût, et l'hypo-

(1) 19 B. R., 369.

thèque qui serait prise contre ce dernier serait sujette aux droits du propriétaire du lot.

Dans une cause de *Huard vs. Reed*(1), la Cour de Revision, siégeant à Québec, en 1909, a décidé qu'après la vente par décret, il n'y a pas lieu de prendre l'action en radiation ni avant ni après l'affichage de l'ordre, mais qu'il faut contester le rapport. Car, l'ordre de collocation, avant qu'il soit affiché, n'est qu'un projet qui peut être modifié, et après l'affichage, si on désire le contester, la loi indique les moyens à prendre, et la procédure à suivre pour ce faire(2).

Dans cette même cause, il a aussi été posé en principe qu'un demandeur n'a pas d'intérêt à poursuivre en radiation d'une hypothèque enregistrée sur un immeuble après la vente par décret, lequel purge tous les droits réels(3).

196.—En ces matières, le droit français est à peu près en tous points semblable au nôtre(4).

197.—Nous avons dit qu'en cette matière de radiation, il se présentait, en pratique, assez peu de difficultés et que la jurisprudence était presque unanime.

Il est un cas, cependant, dont la solution a provoqué des divergences d'opinion parmi les magistrats appelés à le décider: c'est lorsque la radiation a été faite et qu'elle n'aurait pas dû l'être, c'est-à-dire quand elle est illégale et nulle.

En effet, malgré toutes les précautions dont la loi entoure la radiation de l'hypothèque, il arrive quelquefois qu'elle est faite illégalement, alors qu'elle ne devrait pas l'être, bien que, cela se conçoit, ce cas ne se présentera pas souvent, précisément à cause de la prudence du législateur qui a voulu, en autant qu'il était en son pouvoir, le prévoir et l'empêcher.

Ainsi, il est possible qu'une hypothèque, existant en vertu d'un jugement enregistré, soit radiée sur présentation d'une quittance fausse ou obtenue par fraude, dol, erreur, violence, crainte, ou encore qu'un jugement ordonnant radiation soit

(1) 36 C. S., 465.

(2) *Id.*, 813 C. P. et suivantes.

(3) Art. 781 C. P.

(4) 3 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1814 et seq; 3 Aubry et Rau, 281; Thésard, 260.

annulé sur requête civile ou sur confession ou enfin que la radiation de cette hypothèque soit due à une erreur du régistrateur. Ce sont là autant d'éventualités que le législateur le plus prudent ne peut empêcher de survenir, mais qu'il a voulu rendre aussi peu fréquentes que possible.

La question qui se pose est la suivante: cette radiation ayant été faite dans de telles circonstances, alors qu'elle n'aurait pas dû l'être ou plutôt l'ayant été illégalement, quel en sera l'effet? Qui doit en souffrir ou en bénéficier?

Il est évident qu'il ne faut pas priver le créancier de ses droits, si faire se peut; ainsi, s'il n'y a pas d'autres droits enregistrés depuis la radiation, il ne se soulève aucune difficulté, l'hypothèque, en vertu de l'enregistrement d'un document quelconque, revivra, reprendra force et effet, et ce, à compter de la date du premier enregistrement, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle inscription.

Ainsi, quant aux rapports entre le débiteur et le créancier, cette radiation ne peut faire perdre à ce dernier un iota de ses droits.

Si, d'autre part, d'autres droits réels ont été enregistrés sur l'immeuble après cette radiation illégale, il y aura nécessairement conflit entre le créancier et celui qui aura enregistré ces droits, et c'est alors que la question soulève des difficultés sérieuses.

Pour traiter la question dans toute son ampleur, il faut supposer bonne foi et de la part du tiers et de la part du créancier, et de plus il faut qu'il n'y ait aucune faute ou négligence qui leur soient imputables.

Il est assez difficile de concevoir que le créancier soit de mauvaise foi, car c'est lui qui souffre de la radiation, mais, à tout événement, s'il l'était, il ne pourrait demander au tribunal de le protéger.

Ainsi, s'il est en faute ou même s'il a été négligent, il n'aura que lui à blâmer, s'il perd ses droits.

Il en est de même du tiers: si, par exemple, c'est lui qui a commis le dol ou s'il y a participé, il ne sera pas de bonne foi

et il ne peut être question pour lui d'en profiter à l'encontre du créancier.

Le document, en vertu duquel la radiation est faite, peut émaner du créancier lui-même, bien qu'il soit entaché de nullité, ou encore il peut être le résultat d'un faux et le créancier peut n'en avoir même eu aucune connaissance; ainsi l'on peut dire que le créancier est plus éloigné de la fraude dans certains cas que dans d'autres.

Le cas le plus favorable pour le créancier que l'on puisse imaginer, celui où selon l'équité il mériterait le plus d'être protégé, parce qu'il est le plus éloigné de la fraude, est certainement celui où une quittance fausse a été présentée au registrateur et, sur la foi d'icelle, ce dernier a radié l'hypothèque. En effet, voici un individu qui, si la préférence est donnée à un tiers acquéreur ou à un autre créancier hypothécaire, perdrait ses droits sans aucun concours de sa part, sans qu'il ait commis la moindre faute ou la plus légère imprudence.

A première vue, il semblerait que ce créancier devrait être protégé envers et contre tous. Cependant une étude attentive de la question nous amène à une autre conclusion et nous portera à accorder la préférence au tiers à l'encontre de ce créancier. Nous citerons d'ailleurs, à l'appui de notre opinion et notre jurisprudence la plus récente et les opinions des meilleurs auteurs français.

Et, si nous en venons à la conclusion que le créancier doit être privé de sa priorité vis-à-vis du tiers dans le cas que nous supposons et qui est celui dans lequel il mériterait le plus d'être protégé, à plus forte raison devons-nous dire que dans tous les autres cas la préférence devra être accordée au tiers.

198.— Nous trouvons dans les rapports judiciaires deux jugements rendus par la Cour de Revision, siégeant à Montréal, et qui sont absolument au point.

Le premier rendu en 1898, alors que cette cour était présidée par les juges Gill, Loranger et Curren, infirmait un jugement du juge White, dans une cause de Latulippe vs. Grenier et Grenier(1).

(1) 13 C. S., 157.

Il se posait dans cette cause une question quant au mandat du notaire instrumentant: cette partie de la cause ne nous intéresse pas au point de vue de notre sujet et nous la laissons de côté.

L'action était en déclaration d'hypothèque et les faits étaient les suivants: Le demandeur avait prêté à un tiers une somme d'argent et ce dernier lui avait consenti une hypothèque sur un immeuble qui lui appartenait et que dans la suite il avait vendu au défendeur. Ce dernier, après avoir constaté qu'il n'y avait aucune hypothèque enregistrée sur l'immeuble en question, paya le montant convenu pour la vente à son auteur. Or l'hypothèque du demandeur avait été radiée sur présentation d'une quittance depuis reconnue comme fausse; le faux ayant été commis par le notaire, qui avait gardé l'argent à lui remis pour acquitter l'obligation.

La question était: qui devait en souffrir, le demandeur ou le défendeur, tous deux de bonne foi et n'ayant ni l'un ni l'autre commis ni faute ni imprudence?

Le juge de la Cour Supérieure donna gain de cause au défendeur, mais la Cour de Revision renversa ce jugement.

L'argument principal du demandeur était à l'effet que, d'après l'article 2148 C. C., un enregistrement ne peut être radié que du consentement des parties ou en vertu d'un jugement rendu en dernier ressort ou ayant acquis force de chose jugée. Or, d'après le jugement de la Cour Supérieure, une radiation pouvait avoir lieu avec efficacité, sans le consentement des parties et sans aucun jugement, sur présentation d'une quittance fabriquée par un tiers quelconque.

Le demandeur soutenait de plus que ceux qui ont acquis des droits sur un immeuble ne peuvent les perdre sans leur consentement.

Le défendeur, de son côté, citait l'article 1215 C. C. et disait que le registrateur ne pouvait faire autrement que d'agir sur présentation d'une copie authentique, telle que celle qui lui fut présentée dans cette cause.

Le but des lois de l'enregistrement, continuait le défendeur, est de protéger le public et de rendre sûres les transactions

immobilières, et, si un tiers ne peut se fier au contenu du certificat du régistrateur, il n'y a plus alors aucune sûreté pour le public qui ne pourra ni prêter ni acquérir.

Voici, maintenant, pour partie, le jugement de la Cour de Revision en cette cause, prononcé par le juge Curren :

"If the pretensions of the defendant were to prevail then, indeed, it would be practically impossible to loan money upon real estate with safety. If a duly registered mortgage can be radiated by a forged discharge, and the lender, who has conformed to all the requirements of the law by registration, be deprived of his rights thereby, there is, beyond doubt, no safety for investments."

Après en être venu à la conclusion que l'opinion de la majorité des auteurs français est semblable à la sienne, ce qui était d'ailleurs nié par le défendeur, le magistrat cite une cause de Carpenter(1) et *vir vs. Déry et uxor*, dans laquelle la Cour d'Appel s'est prononcée comme suit :

"Il est bien vrai, comme le prétend l'appelante, que le titre du shérif enregistré, de même qu'une quittance enregistrée, purge les hypothèques antérieures, et que les tiers ont droit d'invoquer ces titres; mais c'est à condition que le titre du shérif soit vrai, de la même manière que la quittance enregistrée pour produire l'extinction de l'hypothèque antérieure doit être vraie. S'il était permis à un shérif par un titre faux, aussi bien qu'à un notaire et à un régistrateur, par l'exécution et l'enregistrement d'une quittance fausse, de faire perdre au créancier son hypothèque, il n'y aurait plus aucune sûreté pour les créanciers."

Et le juge Curren continue: "Did he get an authentic copy? Certainly not (Article 1211 C. C.). . . . and by his improbation has not only proved the document false, but has obtained an admission to that effect.

(Article 2148)—"In the present instance there is no question of a judgment, but the consent of the parties, which is essential, is wanting. Plaintiff never consented to the cancella-

(1) 8 R. L., 283.

tion of his mortgage; the forged discharged cannot affect his rights”.

En 1910, la Cour de Revision, présidée par les juges Tellier, de Lorimier et Dunlop, fut appelée à se prononcer dans une cause de Gervais vs. Charbonneau et Rousseau(1), qui offre beaucoup de ressemblance avec la précédente. Il s'agissait en effet d'une action hypothécaire dans laquelle le défendeur prouva l'existence d'une quittance radiant l'hypothèque, laquelle quittance fut reconnue comme fausse. Elle avait été enregistrée par le notaire qui détourna les fonds.

L'action fut maintenue en Cour Supérieure, mais la Cour de Revision, à l'unanimité, renversa ce jugement.

Il y avait aussi dans cette espèce une question de mandat du notaire, et c'est en s'appuyant sur cet aspect de la question que la majorité que la Cour a basé son jugement, car elle n'a pas même mentionné le faux.

Le juge Tellier, cependant, tout en s'accordant avec ses collègues, a discuté la valeur de la quittance fausse et en est venu à la conclusion qu'il y avait là une raison additionnelle de renverser le jugement.

Nous citons quelques-unes des remarques de ce magistrat:

“Nous avons, comme on l'a dit, le tiers acquéreur, qui est de bonne foi et, d'un autre côté, nous avons la créancière, qui est également de bonne foi; elle a été la victime de la fraude et d'un crime commis par le notaire.

“Qui doit souffrir? Ce ne peut être le tiers acquéreur, parce qu'autrement, ce serait détruire toute l'efficacité du régime hypothécaire.

“La quittance étant déclarée nulle, comme elle l'a été par le jugement maintenant soumis à la revision, il fallait prendre une nouvelle inscription pour l'obligation. Or cette nouvelle inscription, qui faisait revivre l'obligation hypothécaire de la demanderesse principale, ne prenait effet qu'à l'égard des créanciers antérieurs à la radiation, mais non pas à l'égard de ceux qui s'étaient inscrits sur l'immeuble dans la période comprise entre la radiation et la nouvelle inscription.

(1) 38 C. S., 330.

“Je crois que dans l'intérêt même du régime hypothécaire, il faut dire que le tiers acquéreur ne doit pas souffrir.”

199.—Nous avouons notre préférence pour la manière de voir préconisée par le juge Tellier. En effet, bien qu'il semble absolument injuste de dire à un créancier hypothécaire que, sans faute de sa part et malgré sa parfaite bonne foi, il sera privé de ses droits ou du moins qu'ils deviendront totalement ou partiellement inefficaces, entre deux maux il nous faut choisir le moindre et nous croyons qu'il est encore plus important, au point de vue des transactions immobilières et du maintien intact du régime hypothécaire, que le certificat du registrateur fasse foi.

Car il ne faut pas perdre de vue qu'il doit nécessairement y avoir une victime. Le créancier peut être considéré comme ayant été fraudé, pillé ou volé, on a agi criminellement envers lui en radiant son hypothèque: il est la victime de ce criminel et doit souffrir de son acte.

Si on nous objecte que l'adoption de cette doctrine enlèverait toute sûreté aux prêts, nous répondrons que, même en admettant qu'il y a un certain risque pour un créancier de perdre ses droits dans de telles circonstances et dans un cas particulier, la position, qui est ainsi faite aux créanciers en général, est encore préférable que si le créancier après avoir effectué son prêt et après avoir constaté au bureau d'enregistrement la radiation d'une hypothèque antérieure à la sienne, apprenait le lendemain que cette radiation était nulle pour avoir été faite en vertu d'une quittance fautive et qu'il serait primé par cette hypothèque malgré sa radiation, et c'est pourtant ce qui arriverait si la préférence était accordée au créancier plutôt qu'au tiers. Dans cette dernière hypothèse, il ne serait sûrement plus possible de transiger sur les immeubles et l'enregistrement ou la publicité des droits réels deviendrait illusoire.

D'ailleurs, notre système hypothécaire est entouré de tant de garanties que le créancier ne peut être exposé que très rarement à perdre ses droits.

Nous sommes d'autant plus à l'aise pour adopter cette opinion que c'est celle des meilleurs auteurs français modernes.

200.—Voici quelques extraits des œuvres de MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes:

"La main-levée, en vertu de laquelle l'inscription a été radiée, peut-être ultérieurement reconnue fautive; elle peut être annulée, etc..... Dans ces diverses hypothèses, quelle sera la situation du créancier dont l'inscription a été indûment rayée?"

"On répond généralement que le créancier recouvre alors son droit hypothécaire, mais que l'efficacité en étant subordonnée à la publicité, il ne pourrait l'exercer qu'en vertu d'une nouvelle inscription."

Mais ces auteurs, après avoir prouvé que dans certains cas, comme dans celui de la faillite, il est impossible de réinscrire, en viennent à la conclusion qu'une réinscription nouvelle n'est pas requise.

".....L'hypothèque qui est un droit réel, continuent ces auteurs, ne devient efficace à l'égard des tiers que par le fait matériel de son inscription. La radiation de cette inscription détruit la publicité, anéantit les effets de l'hypothèque, au moins à l'égard de ceux qui, au moment où ils traitaient, n'ont pas pu en avoir connaissance. Elle ne peut donc pas leur être opposée.

".....Nous arrivons ainsi à cette formule qui satisfait la raison et le principe de publicité. L'hypothèque produira ses effets à l'encontre de tous ceux à l'égard desquels elle avait été rendue publique, conformément à la loi, au moment de la naissance de leurs droits. En conséquence, le créancier rétabli dans l'effet de son inscription primera non seulement les créanciers inscrits depuis la publication du jugement qui annule ou retracte la radiation, mais encore les créanciers inscrits avant la radiation, mais depuis l'inscription primitive qu'il avait requise. Il sera, au contraire, primé par les créanciers inscrits depuis la radiation et avant la restauration de l'inscription. La même règle s'appliquera à l'égard d'un tiers-acquéreur de l'immeuble grevé."

“.....La publicité est l'une des bases fondamentales du régime consacré par nos lois. Elle est exigée à l'égard des tiers. Par conséquent, l'hypothèque doit produire ses effets à l'égard de tous ceux qui, au moment où ils acquéraient leurs droits, en ont pu connaître l'existence par une inscription subsistante sur le registre; elle n'en produit aucun à l'égard de ceux qui, à la même époque, n'ont pu la connaître”(1).

Cependant, MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes admettent que le créancier, dont l'hypothèque avait été radiée, ne primera même pas un créancier de la première catégorie si, sur la foi et à cause de cette radiation, il s'est abstenu d'inscrire une autre hypothèque qui aurait primé celle du créancier en question.

MM. Aubry et Rau partagent cette opinion(2).

Quant à la jurisprudence française(3), elle est absolument d'accord avec les auteurs que nous venons de citer.

Notons que nos articles relatifs à cette matière sont basés sur ceux du Code Napoléon et pour s'en convaincre il suffit de lire les articles 2157 et suivants de ce code.

Il nous semble donc difficile, devant cette unanimité dans l'opinion des auteurs, dont la grande autorité ne saurait faire de doute, et en face de cette jurisprudence constante basée sur une loi semblable à la nôtre, d'adopter des conclusions contraires.

201.—L'acquéreur d'un immeuble, indépendamment des droits qu'il peut avoir contre un individu qui a ou paraît avoir une hypothèque sur cet immeuble, a-t-il une action en radiation contre le vendeur ou plutôt pour contraindre ce dernier à faire radier une hypothèque judiciaire, grevant l'immeuble vendu dès avant la vente, et qui le grève encore ?

Pour répondre à cette question, il semble qu'il faut faire une distinction. En effet, si le vendeur a vendu quitte et libre de toute hypothèques, l'action existe; au cas contraire, elle n'existe pas.

(1) 3 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 1892 et seq.

(2) 3 Aubry et Rau, page 646; Thésard, 266.

(3) 23 Fusier-Herman, "Répertoire du Droit Français", 3055 et suivants.

Il ne faut pas perdre de vue que l'acquéreur est protégé par l'article 1535 C. C., dont les termes sont les suivants:

"Si l'acheteur est troublé, ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action hypothécaire ou en revendication, il peut différer le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur fasse cesser ce trouble, ou lui fournisse caution, à moins d'une stipulation contraire."

Et, de nos jours, l'acquéreur, qui est d'une prudence même élémentaire, avant que de payer, se fait fournir un certificat par le régistrateur et s'assure ainsi des droits qui grèvent l'immeuble dont il fait l'acquisition.

En général, l'action en radiation doit être prise contre le créancier et non pas contre le vendeur: ce n'est que dans le cas de garantie que l'acquéreur a droit de prendre cette action contre le vendeur.

Le changement de propriétaire n'affecte en aucune façon ni le créancier hypothécaire ni ses droits, et l'acquéreur d'un immeuble est censé le prendre tel qu'il est, avec tous les droits qui le grèvent, droits dont il ne sera pas personnellement responsable, mais dont il ne pourra éviter la responsabilité qu'au moyen du délaissement. Et c'est pour cette raison que la loi lui refuse l'action contre son vendeur.

S'il s'agissait, d'ailleurs, d'une hypothèque conventionnelle, le vendeur ne pourrait pas toujours réussir à en obtenir la radiation, parce que l'échéance de la créance dont cette hypothèque est la garantie pourrait ne pas être arrivée, et, dans cette hypothèse, le créancier hypothécaire ne pourrait être forcé ni d'accepter le montant de sa créance, ni de radier son hypothèque.

Ce dernier argument, évidemment, ne peut affecter l'hypothèque judiciaire parce que celle-ci est l'accessoire d'une créance qui est, par sa nature même, due et exigible, au moins quand cette hypothèque résulte d'un jugement, mais la loi n'a pas fait d'exceptions pour cette espèce d'hypothèques et il faut lui appliquer la loi générale et dire que l'acquéreur ne peut contraindre le vendeur à la radier plus que toute autre.

L'acquéreur d'un immeuble a une procédure, à lui fournie par la loi, pour débarrasser sa propriété des hypothèques qui l'affectent, c'est la ratification de titre(1).

202.—En 1890, la Cour de Revision, siégeant à Québec, et présidée par les juges Cassult, Routhier et Andrews, s'est prononcée sur ce sujet, dans une cause de Beaudette vs. Cormier(2).

La défenderesse avait vendu au demandeur un immeuble "avec garantie contre tous troubles, dons, douaires, dettes et tous autres empêchements quelconques". Le demandeur, ayant constaté l'existence d'une hypothèque, prit une action pour forcer la défenderesse à la faire radier et, à défaut de ce faire, de lui payer des dommages.

La Cour a renvoyé cette action.

Le jugement, après avoir cité l'article 1535, continue dans les termes suivants: "Il est permis à l'acquéreur qui n'est pas encore troublé, mais qui a juste sujet de craindre qu'il le sera, de retarder le paiement du prix de son acquisition jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble ou lui ait donné caution... C'est là tout ce que l'acquéreur peut exiger et il ne peut le demander et l'obtenir que lorsqu'on lui demande paiement."

"Il en est tout autrement lorsque le vendeur a vendu quitte et libre de toute hypothèque ou autre droit réel... Dans ce cas, l'acheteur procède en vertu de l'article 1065.

"Tant qu'il n'était pas troublé de fait, le demandeur n'avait pas de recours contre la défenderesse. Celui que lui donnait la loi pour dégrever sa propriété était la ratification de titre."

Dans un jugement rendu dans une cause de Malbœuf vs. Ledue(3), on trouve une discussion intéressante au sujet de la question qui nous occupe. Le dispositif de ce jugement confirme réellement celui du jugement que nous venons de citer bien qu'à première vue il pourrait sembler y avoir contradiction entre ces deux décisions.

(1) Articles 1067 et suivants C. P.

(2) 16 Q. L. R., 69.

(3) 19 C. S., 67.

C'est encore un jugement de la Cour de Revision, mais siégeant à Montréal, cette fois, et rendu en 1900:

"Nous croyons, dit la Cour, que l'enregistrement seul d'hypothèques, affectant l'immeuble vendu, donne au défendeur le droit d'invoquer le bénéfice de l'article 1535."

Mais ce jugement n'autorise pas l'acquéreur de prendre action contre son vendeur pour contraindre à la radiation.

Nous pouvons ajouter qu'il est de jurisprudence constante que l'inscription hypothécaire est un trouble de droit qui permet d'invoquer l'article 1535, même si la créance ou l'hypothèque elle-même paraît éteinte par prescription et qu'il en est de même pour la simple production du certificat du registraire constatant l'enregistrement d'une hypothèque, c'est-à-dire, que cela constitue un trouble qui justifierait l'acquéreur de ne pas payer tant que ce trouble n'aura pas cessé.

203.— Dans le droit français, à la radiation se rattache une autre procédure qui lui est intimement liée et qu'on appelle la "réduction", qui n'est rien autre chose qu'une radiation partielle affectant soit la somme pour laquelle l'inscription est prise, soit le nombre des immeubles qui y sont soumis.

Nous n'avons pas cette procédure dans notre droit et nous ne la mentionnons que pour mémoire. D'ailleurs, il est facile de voir, d'après la nature même de cette procédure, qu'elle ne pourrait s'appliquer en tous points à notre régime hypothécaire.

204.— Aux termes de l'article 2154 du Code Napoléon, une inscription ne conserve l'hypothèque, sous le régime hypothécaire français, que pour dix ans, et celle-ci pour conserver son efficacité doit être renouvelée avant l'expiration de ce délai.

Le but de cette loi, en France, est de faciliter les recherches et la besogne du conservateur, vu que le système de publicité est personnel au lieu d'être, comme chez nous, réel: système d'ailleurs que les auteurs les plus sérieux condamnent(1).

(1) 3 Baudry-Lacanterie et de Loynes, 1749.

La règle, que nous venons d'énoncer, s'applique dans le droit français à toutes les espèces d'hypothèques, qu'elles soient légales ou conventionnelles ou judiciaires.

Dans notre droit, le seul article, qui oblige à renouveler un enregistrement, est l'article 2172 C. C., qui se lit ainsi:

"Dans les deux ans qui suivent la date fixée par la proclamation du Lieutenant-gouverneur, pour la mise en vigueur des dispositions de l'article 2168 (il s'agit dans cet article du cadastre), dans une division d'enregistrement, l'enregistrement de tout droit réel sur un lot de terre compris dans cette division y doit être renouvelé au moyen de la transcription, dans le livre tenu à cet effet, d'un avis désignant l'immeuble affecté en la manière prescrite en l'article 2168, en observant les autres formalités prescrites en l'article 2131 pour le renouvellement ordinaire de l'enregistrement des hypothèques."

Cet article ordonne donc simplement le renouvellement de l'enregistrement lors de la mise en force du cadastre dans une localité et, ce, dans les deux ans suivants.

Il n'y a donc, dans notre droit, nulle obligation de renouveler l'enregistrement d'une hypothèque quelle qu'en soit l'espèce; et, quant à l'hypothèque judiciaire, l'enregistrement vaut aussi longtemps que le jugement lui-même ou que l'hypothèque elle-même n'est pas éteinte, soit par la prescription ou autrement. De telle sorte que l'on ne peut dire chez nous, comme en France, que l'inscription peut perdre son efficacité par le seul laps de temps et qu'il y a une prescription spéciale l'affectant, s'il n'y a pas de renouvellement.

En rapport avec cette matière et pour la compléter, il convient de citer l'article 2173 C. C., qui détermine les effets de l'inobservation des prescriptions de l'article précédent.

Article 2173 C. C.: "A défaut de tel renouvellement, les droits réels conservés par le premier enregistrement n'ont aucun effet à l'égard des autres créanciers, ou des acquéreurs subséquents dont les droits sont régulièrement enregistrés".

CHAPITRE II

DROITS DU CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE.—POSITION DU DÉTENTEUR ET ACTIONS HYPOTHÉCAIRES.

SOMMAIRE. 205—Généralités. 206—Quand le débiteur est possesseur à titre de propriétaire. 207—Quand un tiers détenteur est possesseur à titre de propriétaire. 208—L'action hypothécaire. 209—L'action en interruption de prescription. 210—Ce que peut faire le tiers détenteur poursuivi hypothécairement. 211—Défenses au fonds. 212—Exceptions. 213—Exception de discussion. 214—Exception de garantie. 215—Exception de subrogation. 216—Exception résultant des impenses. 217—Exception résultant d'une créance privilégiée ou d'une hypothèque antérieure. 218—Paieinent de la réclamation. 219—Délaissement. 220—Ratification de titre. 221—Restrictions aux droits du débiteur et du tiers détenteur. 222—L'article 2054 C. C. 223—L'article 2076 C. C. 224—Position du tiers détenteur après le délaissement.

205.—Le créancier hypothécaire ne peut s'emparer de l'immeuble soumis à son hypothèque; il n'obtient sur icelui qu'un "*jus in re*" qui n'est pas un droit de propriété, bien qu'il en soit un démembrement, et qui ne lui en donne pas la possession. L'immeuble reste la propriété du débiteur qui, comme tout propriétaire, peut l'aliéner nonobstant l'hypothèque.

L'hypothèque maritime confère plus de droits au créancier, mais il n'en sera pas question dans ce chapitre parce que celle-ci ne peut-être que conventionnelle.

Mais si le créancier hypothécaire n'obtient ni la propriété, ni la possession, il a évidemment des droits auxquels correspondent des obligations de la part du détenteur de l'immeuble.

Le créancier a, en effet, les droits de préférence et de suite, et les actions nécessaires pour les faire valoir.

Au moment où il veut exercer ces droits, l'immeuble peut se trouver entre les mains du débiteur ou d'un tiers détenteur. Voyons quelle sera alors la situation dans l'une et l'autre alternative.

206.—Le débiteur garde la possession et la propriété de l'immeuble hypothéqué, il jouit donc des droits du propriétaire et peut l'aliéner ou l'hypothéquer de nouveau, bien que sa jouissance, dans certaines circonstances, soit sujette à quelques restrictions, comme nous le verrons plus loin.

Dans le cas de l'hypothèque conventionnelle, le créancier qui trouve l'immeuble entre les mains de son débiteur, intente contre lui une action ordinairement appelée personnelle hypothécaire, obtient jugement, saisit l'immeuble et s'assure ainsi un droit de préférence sur le produit de la vente forcée.

Si le créancier a une hypothèque judiciaire, il n'y aura jamais lieu à cette espèce d'action, puisque ce créancier a jugement à l'avance, et, le fait de l'enregistrement ne lui faisant pas perdre ses droits, il n'aura qu'à saisir et faire vendre pour les exercer dans toute leur plénitude.

Et ainsi, il est vrai de dire que le créancier, ayant hypothèque judiciaire et dans le cas où l'immeuble est entre les mains de son débiteur, est en meilleure posture qu'un créancier ayant hypothèque conventionnelle, qui est obligé de prendre jugement.

Dans cette hypothèse, le créancier exercera directement le droit de préférence sans avoir recours au droit de suite.

207.—Si l'immeuble se trouve entre les mains d'un tiers détenteur, le créancier ne perd pas ses droits; car la loi lui accorde le droit de suite qui lui permet d'ignorer, pour ainsi dire, le fait que l'immeuble n'est plus entre les mains de son débiteur et a passé aux mains d'un tiers. Si le créancier n'avait pas ce droit de suite, sa garantie ne serait qu'illusoire, vu le droit d'aliénation du débiteur.

Nous l'avons d'ailleurs déjà dit, ce droit, par sa nature même ne peut s'exercer que contre un tiers détenteur, et il s'exerce quelles que soient la nature et la provenance de son titre.

Il importe peu que l'hypothèque soit judiciaire, légale ou conventionnelle, un créancier n'a pas plus de droits que l'autre.

Le créancier, ayant l'hypothèque judiciaire, a jugement, il est vrai, mais ce n'est pas contre le tiers détenteur, à l'égard duquel toutes les hypothèques ont la même valeur et produisent les mêmes effets quelles que soient les causes dont elles résultent.

Il faudra toujours, cependant, que l'inscription de l'hypothèque ait précédé l'inscription du titre acquisitif du tiers détenteur, car autrement le créancier hypothécaire n'aurait aucun droit de s'adresser à ce tiers.

Le droit de suite conserve et protège le droit de préférence qui en est l'objectif, mais pour exercer ce droit de suite, il faut au créancier certaines actions. La loi lui a accordé, dans ce but, l'action hypothécaire ou en déclaration d'hypothèque et l'action en interruption de prescription.

208.—En notre droit (1), il n'y a aucune différence entre l'action hypothécaire et l'action en déclaration d'hypothèque, bien que l'article 2068 le ferait peut-être supposer.

Dans le droit français(2) on donne aujourd'hui le nom d'action en déclaration d'hypothèque à une action qui n'est rien autre chose que celle que nous appelons action en interruption.

Depuis le régime de la publicité des droits réels, l'action en déclaration d'hypothèque proprement dite n'a, en effet, plus sa raison d'être.

"L'action hypothécaire, dit l'article 2058 C. C., est accordée au créancier qui a une créance liquide et exigible, contre tout possesseur à titre de propriétaire de la totalité ou de partie de l'immeuble hypothéqué à cette créance."

C'est la véritable action pour faire valoir un droit hypothécaire.

Nous faisons, ici, abstraction du cas où le détenteur est le débiteur, car alors point n'est besoin de cette action que nous étudions et qui est prise contre un tiers détenteur, non obligé personnellement au paiement de la dette.

Pour donner effet à la règle de droit "*Res, non persona debet*", l'action serait prise contre la chose même, si c'était possible; le seul lien, entre le créancier hypothécaire et le détenteur, est précisément cette détention.

Par les conclusions de l'action, il est demandé que le tiers détenteur soit condamné à délaisser, si mieux il n'aime payer le tout réclamé et dû: et à défaut par lui de faire l'une ou l'autre de ces deux choses, il sera condamné personnellement au paiement.

(1) 6 Langelier, page 296.

(2) 3 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 2305.

209.—L'action en interruption de prescription, qui, tel que le nom l'indique, a pour but d'empêcher la prescription de courir contre le créancier, en l'interrompant, est accordée par les articles 2057, 2224 et 2257 C. C.

Il s'agit ici simplement de la prescription à l'encontre de l'hypothèque, considérée comme droit réel affectant l'immeuble que le tiers détenteur détient, hypothèque que ce dernier est évidemment intéressé à voir prescrire. La prescription de l'accessoire peut, dans cette hypothèse, avoir lieu sans affecter l'existence de l'obligation principale, contre laquelle, d'ailleurs, le tiers détenteur ne peut prescrire, bien que la prescription acquise par le débiteur lui profiterait.

C'est pour empêcher ceci d'arriver que la loi a créé en faveur du créancier cette action en interruption, qui protège ses droits en forçant le détenteur à les reconnaître.

210.—La loi, tout en offrant au créancier ces différents moyens de s'assurer l'exercice de ses droits, n'a pas laissé le tiers détenteur désarmé en sa présence lorsqu'il est poursuivi hypothécairement et qu'il n'est ni chargé de l'hypothèque ni tenu personnellement au paiement de la dette.

Au contraire, ce dernier a aussi de nombreux moyens de défense à faire valoir à l'encontre des procédures intentées par le créancier hypothécaire.

En effet, avant d'opter pour un des partis que nous examinerons plus loin, avant que de faire un de ces actes que nous appellerons positifs, il peut opposer à l'action hypothécaire soit des moyens de défenses au fonds ou au mérite, soit des exceptions.

Notons que nous entendons, dans ce chapitre par tiers détenteur, celui qui n'est pas chargé de l'hypothèque ni tenu personnellement au paiement de la dette.

211.—En vertu de l'article 2062 C. C., il a le droit d'appeler en garantie toute personne qui est obligée de le garantir. Et le Code de procédure civile, aux articles 177 et 183 et suivants, lui en fournit les moyens en lui accordant à cet effet une exception dilatoire.

D'après l'article 2064 C. C., soit qu'il ait appelé ou non son garant en garantie, soit qu'il ait ou n'ait pas de garant, il peut offrir comme plaidoyer tous les moyens aptes à faire renvoyer l'action, y compris tant les moyens de forme que ceux de fonds.

Il peut ainsi plaider l'inexistence de l'obligation, son extinction, la radiation de l'hypothèque, la nullité de l'enregistrement, l'inexigibilité de la créance (ce dernier moyen ne s'appliquera évidemment pas à une hypothèque judiciaire, dont le paiement est toujours exigible, sauf peut-être convention avec le débiteur).

212.—En outre de ces moyens, qui sont communs au débiteur et au tiers détenteur, ce dernier a des exceptions qui lui sont spécialement accordées par le Code et qui lui sont propres: ce sont les exceptions de discussion, de garantie, de subrogation, celle résultant d'impenses et celle résultant d'une créance privilégiée ou hypothèque antérieure.

213.—Le tiers détenteur n'est pas obligé personnellement au paiement de la dette et il n'est que juste, semble-t-il, qu'il ne soit pas forcé de délaisser, si le débiteur personnel a d'autres biens sur lesquels le créancier pourrait exercer ses droits. C'est ainsi que la loi l'a compris et elle a créé l'exception de discussion, au moyen de laquelle le tiers détenteur peut, par une exception dilatoire, forcer le créancier à discuter d'abord les biens du débiteur, s'il en a, pourvu qu'il les lui indique et qu'il lui fournisse les frais pour ce faire⁽¹⁾.

214.—Si le créancier est l'héritier du vendeur tenu personnellement au paiement, il se trouvera lui-même obligé au paiement et, par conséquent, le tiers détenteur pourra repousser sa demande, au moyen de l'exception de garantie, en lui disant qu'il ne peut l'exproprier à cause du fait qu'il doit au détenteur la même garantie que son auteur (2).

215.—L'exception de subrogation vient de l'ancien droit français et est aussi appelée cession d'action: "*Cedendarum actionum*". Elle est aujourd'hui abolie en France, où l'on considère

(1) A.

(2)

que le tiers détenteur n'a rien à voir aux autres garanties qu'avait le créancier(1).

Dans notre droit, elle consiste dans le droit pour le détenteur d'être subrogé aux droits et actions du créancier contre les cautions ou autres personnes également tenues au paiement de la même obligation. En telle sorte que, si le créancier par son fait s'est mis dans l'impossibilité de ce faire, il devra être débouté de son action(2).

216.—La loi protège le tiers détenteur qui aura fait des impenses sur l'immeuble. Dans ce but, elle lui accorde une exception par laquelle il peut demander à ce que le délaissement n'ait lieu que sujet au paiement de ces impenses.

C'est chose discutée que de savoir si c'est un véritable droit de retention qu'a le tiers détenteur ou si c'est simplement un privilège. Il nous semble que c'est plutôt un droit de retention(3).

Cette exception n'existe plus dans le droit français, mais, sous l'ancienne jurisprudence, on considérait que c'était un véritable droit de retention, et que le détenteur ne pouvait être contraint de délaisser que sur paiement de ses impenses, ou sur cautionnement qu'elles seraient payées(4).

217.—L'exception résultant d'une créance privilégiée ou hypothèque antérieure permet à un créancier, qui aurait reçu l'immeuble en paiement d'une hypothèque antérieure à celle de celui qui poursuit hypothécairement, de s'opposer au délaissement, si le poursuivant ne lui donne pas caution qu'il fera porter l'immeuble assez haut sur enchère pour le dédommager intégralement de sa réclamation(5).

La raison de cette disposition c'est que l'intérêt est la mesure des actions et que, si le premier créancier n'est pas payé en entier, le second ne le sera pas du tout et n'aura en conséquence aucun intérêt à faire vendre l'immeuble.

(1) 3 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 2168.

(2) Arts. 2070 et 2071 C. C.

(3) 6 Langelier, page 306; Art. 2072 C. C.

(4) 3 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 2171.

(5) Art. 2073 C. C.

Cette exception n'existe pas dans le droit français moderne, mais elle semble être une relique de l'ancienne exception de priorité, en vertu de laquelle un créancier hypothécaire subséquent ne pouvait agir hypothécairement sans donner caution au premier créancier ou à un autre créancier antérieur, suivant le cas, que l'immeuble rapporterait un montant suffisant pour les indemniser.

218.— Nous supposons maintenant que le tiers détenteur a échoué dans sa défense au mérite, qu'il n'a pu appeler personne en garantie, ou qu'il n'avait personne à appeler ainsi, et enfin qu'il a vu repousser ces exceptions; pour empêcher l'action d'être continuée contre lui et de se voir condamner personnellement au paiement de la dette hypothécaire, il peut faire l'un ou l'autre de ces actes positifs: ou payer le tout en principal, intérêts et frais ou délaisser l'immeuble.

Rien ne s'oppose évidemment à ce que le tiers détenteur paie le créancier, s'il le désire, et ce paiement aura nécessairement pour effet de mettre fin à l'action. Le créancier, dont les poursuites avaient précisément pour but de se faire payer, ne peut s'en plaindre et son action n'aura plus sa raison d'être.

Ajoutons que le tiers détenteur n'est contraint que de payer ce qui est dû hypothécairement et rien de plus.

219.— Le délaissement est la faculté qu'a le tiers détenteur de remettre l'immeuble entre les mains de la justice dans le but de se libérer de toute responsabilité envers les créanciers hypothécaires, tant le poursuivant que les autres.

Et c'est juste qu'il en soit ainsi, puisqu'encore une fois le tiers détenteur n'est pas tenu personnellement, mais seulement à cause de sa détention du gage. Ce n'est pas contre lui que le créancier a recours, mais contre son gage, que le détenteur délaisse pour qu'il en soit fait ce que de droit.

Ajoutons que ce délaissement ne peut être ni conditionnel, ni fait sous réserve, mais doit être complet.

220.— En notre droit, comme dans le droit français d'ailleurs, nous avons une série de procédures appelées plus spécialement, en France, purge des hypothèques, et, chez nous, plus spécialement ratification de titre.

C'est un moyen donné au tiers détenteur de faire disparaître les hypothèques dont l'immeuble est grevé et d'obtenir un titre clair. Pour ce faire, il n'a qu'à déposer son titre au greffe et à donner avis de ce dépôt aux créanciers hypothécaires. Ceux-ci ont alors le droit d'enchérir et surenchérir sur le prix de l'immeuble; et le détenteur, de son côté, a droit de le garder au prix le plus élevé offert, lequel devra être distribué aux différents créanciers, suivant leurs droits et leur rang.

Ces procédures sont autorisées par les articles 1067 C. P. et suivants.

Le tiers détenteur poursuivi hypothécairement, peut-il avoir recours à la ratification de titre ?

Dans le droit français, la solution de cette question est facile, car la loi accorde spécialement cette faculté au tiers détenteur, pourvu qu'il commence ses procédures dans un délai de trente jours à partir de la sommation qui lui est faite de délaisser ou de payer(1).

En notre droit, d'une part, le détenteur est censé toujours avoir le droit de recourir à cette procédure, puisque la loi en la créant n'a fixé aucun délai fatal pour l'instituer, et, d'autre part, le créancier a également toujours le droit à son action hypothécaire. Mais, comme ces deux procédures sont, dans un sens, incompatibles, il nous semble que le droit de procéder, suivant son choix, appartiendra au plus diligent et qu'ainsi, par exemple, si l'action hypothécaire est prise, le détenteur ne pourra demander une ratification de titre.

La poursuite hypothécaire ne peut, croyons-nous, être arrêtée que par les moyens accordés par le Code, or il ne mentionne pas la ratification de titre parmi ceux-ci.

Il s'ensuit que, si le détenteur a commencé ses procédures en ratification de titre, le créancier perdra son droit à l'action hypothécaire et devra se conformer à la loi.

221.—Nous avons dit que le débiteur ainsi que le tiers détenteur étaient propriétaires à toutes fins que de droit de l'immeuble hypothéqué, et, comme conséquence, qu'ils avaient le droit de l'aliéner.

(1) C. N., arts. 2169 et 2183.

L'article 2074 apporte une restriction à ce droit.

Voici cet article: "L'aliénation par un détenteur poursuivi hypothécairement est sans effet à l'égard du poursuivant, à moins que le nouvel acquéreur ne consigne le montant de la dette, intérêt et dépens dus au créancier poursuivant".

Ainsi le détenteur reste propriétaire, mais ne peut aliéner à partir du moment indiqué dans cet article.

La raison de cette règle est évidente: elle est promulguée dans l'intérêt du créancier, afin qu'après avoir entrepris une action contre l'un, il ne soit pas, au détriment de son gage, contraint d'en entreprendre une nouvelle contre un autre.

Dans le droit français(1) il n'y a pas de disposition semblable à celle-ci; mais le tiers détenteur qui aliène est responsable en frais et en dommages vis-à-vis le créancier.

222.— Propriétaires tous deux, le débiteur et le tiers détenteur peuvent user et jouir de leur propriété, mais ils ne peuvent en abuser en autant qu'il est le gage du créancier; et l'on trouve là une autre restriction apportée à leurs droits par l'article 2054, qui décrète:

"Le débiteur ni le tiers détenteur ne peuvent cependant, dans la vue de frauder le créancier, détériorer l'immeuble grevé de privilège ou d'hypothèque, en détruisant ou endommageant, enlevant ou vendant la totalité ou partie des bâtisses, des clôtures et des bois qui s'y trouvent".

En vertu de l'article 2055 C. C., qui est la sanction de l'article précédent, le détenteur est tenu personnellement responsable de ces dommages.

Ces articles contiennent donc des dispositions restreignant d'une façon notable les droits de propriété du débiteur et du tiers détenteur, et accordent une nouvelle garantie au créancier.

Le détenteur, on le conçoit, ne sera pas responsable du cas fortuit ni de la force majeure, ni des dégradations causées par ignorance ou de bonne foi, ni de ce qu'il pourra faire dans le cours ordinaire de la vie, tel que couper du bois de chauffage.

(1) 3 Baudry-Lacantinerie et de Loyes, 2197.

L'article dit "en vue de frauder": a première vue, il semblerait difficile de prouver ceci, car comment prouver l'intention coupable du détenteur? En effet, son geste peut bien avoir pour résultat une diminution considérable dans la valeur du gage, sans qu'il soit possible de faire la preuve que son but était de frauder le créancier.

Nous croyons qu'il faut conclure de l'intention du détenteur par les faits, et interpréter l'article dans le sens que, si le débiteur ou détenteur détériore réellement l'immeuble, il pourra en être tenu responsable.

La loi française est en ce sens(1).

Dans la cause de Chaffers vs. Paquette(2), le juge Brooks, en rendant jugement en Cour Supérieure, lequel fut unanimement confirmé en révision, avait dit:

"The intention must be judged from the facts."

"The intention must be interpreted by acts."

Sous l'ancien Code de procédure, le détenteur qui détériorait l'immeuble était passible d'un emprisonnement sur *capias*, mais le nouveau code n'a pas reproduit ces dispositions.

Cependant, le détenteur, s'il ne paye pas les dommages adjugés contre lui, en vertu des deux articles que nous avons cités, est sujet à la contrainte par corps, tel que décrété par l'article 833 C. P.

223.—L'article 2076 C. C. apporte deux autres restrictions aux droits du tiers détenteur comme propriétaire: "Le tiers détenteur peut être condamné personnellement à payer les fruits qu'il a perçus depuis l'assignation et les dommages qu'il a pu causer à l'immeuble depuis la même époque".

Le tiers détenteur devra donc compte des fruits qu'il aura perçus depuis la date de l'institution des procédures; et la raison de cette règle est que le jugement, qui le condamnera, aura effet rétroactif et sera censé avoir été rendu ce jour-là même.

Après la poursuite et depuis l'assignation, il va sans dire que le tiers détenteur n'a pas plus de droits qu'il n'en avait auparavant, tel que prévu par l'article 2054: aussi l'article 2076 le

(1) C. N., art. 2175; 3 Langelier, p. 290.

(2) 7 C. S., 272.

rend responsable des dommages causés à l'immeuble depuis cette époque. Ce dernier article va même plus loin que l'autre, car il est plus général dans ses termes et, en conséquence, dans ses effets.

224.—Le tiers détenteur ne délaisse que l'occupation et la détention de l'immeuble: il en reste donc propriétaire, avec la conséquence qu'il est toujours en temps, jusqu'à l'adjudication, pour mettre fin aux procédures en payant le montant dû au créancier hypothécaire(1).

Une autre conséquence de ce fait, c'est que tout surplus de la vente devra lui être remis.

Si son vendeur ou garant a fait arrêter l'action, il devra reprendre l'immeuble et ne pourra faire mettre de côté sa transaction.

En vertu de l'article 2078 C. C., les servitudes et droits réels, que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant le délaissement, revivent comme résultat de ce délaissement, et ce détenteur aura le droit d'être colloqué comme tout autre créancier.

Inutile d'ajouter que rien ne s'oppose à ce que le tiers détenteur enchérisse lors de la vente suivant son délaissement, et se porte acqureur de nouveau de l'immeuble, s'il le désire.

CHAPITRE III

EXTINCTION ET APPRÉCIATION DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

SOMMAIRE. 225—Différents modes d'extinction.—Article 2081. 226—Indemnité d'assurance; l'hypothèque judiciaire ne comporte pas préférence sur cette indemnité. 227—Avantages de l'hypothèque judiciaire au cas d'incendie. 228—Article 2571 C. C. 229—Appréciation de l'hypothèque judiciaire.—Considérations générales. 230—Effets quant au créancier hypothécaire. 231—Effets quant au débiteur. 232—Effets quant aux autres créanciers. 233—Conclusion.

225.—L'hypothèque judiciaire s'éteint par les mêmes modes que l'hypothèque conventionnelle ou ordinaire. Et pour cette raison, une étude de ces modes, qui, d'ailleurs, entraîne-

(1) Article 2079 C. C.

rait de longs développements, aurait plutôt place dans un travail sur l'hypothèque en général. Aussi nous bornerons-nous à citer l'article 2081, qui énonce les différents modes d'extinction, en n'y ajoutant que de brefs commentaires sur chacun d'eux pour en fixer l'application.

Voici l'article 2081 C. C.: "Les privilèges et hypothèques s'éteignent:

1° Par l'extinction totale de la chose affectée au privilège ou à l'hypothèque, son changement de nature, ou sa mise hors du commerce sauf certains cas exceptionnels;

2° Par la résolution, ou par l'extinction légale du droit conditionnel ou précaire dans la personne qui a donné lieu au privilège ou à l'hypothèque;

3° Par la confusion des qualités de créancier hypothécaire ou privilégié et d'acquéreur de la chose affectée. Néanmoins, si le créancier acquéreur est évincé pour quelque cause indépendante de lui, l'hypothèque ou le privilège reprend sa force.

4° Par la remise expresse ou tacite du privilège ou de l'hypothèque;

5° Par l'extinction absolue de la dette à laquelle était attaché le privilège ou l'hypothèque, et aussi dans le cas de l'article 1197;

6° Par le décret forcé et autres ventes qui en ont l'effet, et par la licitation forcée; sauf les droits seigneuriaux et les rentes qui y ont été substituées; et aussi par l'expropriation pour cause d'utilité publique, les créanciers conservant en ce cas leur recours sur le prix de l'héritage;

7° Par jugement en ratification de titre, tel que pourvu au Code de procédure civile;

8° Par la prescription."

— I —

Extinction totale de la chose: L'on peut donner comme exemple de ce mode d'extinction, le cas possible où l'hypothèque n'affecterait que les bâtisses sur un terrain, alors que celles-ci seraient complètement détruites par un incendie. Si la des-

truction n'était que partielle, l'existence de l'hypothèque ne serait pas affectée en théorie.

Il y aura changement de nature, si un immeuble devient meuble, et il y aura mise hors du commerce, si un immeuble est exproprié pour le domaine public.

— II —

Résolution ou extinction d'un droit: Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis, nous avons développé indirectement ce mode d'extinction en parlant du droit de réméré.

— III —

Confusion: Ce paragraphe suppose le cas où un créancier, ayant une hypothèque judiciaire sur un immeuble, s'en porte acquéreur pour le délaisser ensuite sur une poursuite hypothécaire.

— IV —

Remise: C'est le consentement à la radiation; l'hypothèque judiciaire aura cependant ceci de particulier qu'il faudra que le procureur distayant y participe, quant à ses frais.

— V —

Extinction de la dette: L'hypothèque est l'accessoire et ne peut survivre à l'obligation principale.

— VI —

Par décret forcé: Le titre du shérif, par exemple, qui, par sa nature même, purge les hypothèques, puisqu'il distribue aux créanciers la valeur même qui représente leur gage, est un mode d'extinction.

- Une expropriation dans un cas permis par la loi, tel que pourvu aux articles 7581 et suivants S. R. Q., éteindra également les hypothèques.

— VII —

Ratification du titre: C'est là une procédure créée et entreprise précisément dans le but de purger les hypothèques.

— VIII —

Prescription: Il s'agit ici de la prescription non pas de la créance principale, mais de l'hypothèque même. Cette prescription sera la même pour toute espèce d'hypothèques, quelle que soit la nature du titre qu'elles garantissent. C'est contre cette prescription que le créancier peut exercer l'action en interruption.

Dans plusieurs de ces cas, le créancier, s'il voit son hypothèque éteinte, conservera évidemment sa préférence sur le produit de la vente de l'immeuble.

226.—L'hypothèque judiciaire emporte-t-elle une préférence sur l'indemnité d'assurance? Ce sujet se rapproche naturellement de l'étude des modes d'extinction, puisqu'il s'agit de déterminer ce qui arrive alors que l'hypothèque est éteinte par un de ces modes fixés par la loi.

Nous savons que l'un des principaux effets de l'hypothèque est de donner une préférence sur le prix de vente d'un immeuble, dans le cas où, pour ainsi dire, l'immeuble se résout dans une somme d'argent. L'hypothèque est alors, par fiction légale, reportée sur cette dernière et, lors de la distribution, les créanciers hypothécaires sont colloqués suivant leur rang.

Nous parlons évidemment ici de ventes forcées ou autres ventes du même genre, car, si la transaction est volontaire, l'hypothèque subsistera sur l'immeuble et il n'y aura aucune somme à distribuer.

En notre droit, doit-on assimiler au cas où le prix d'un immeuble doit être distribué, celui où des bâties, sur lesquelles

il y avait des hypothèques inscrites, sont détruites par un incendie et alors que ces bâties étaient assurées contre le feu ? Autrement dit, dans le cas d'incendie, l'hypothèque judiciaire affecte-t-elle le montant de l'assurance, ou donne-t-elle un droit de préférence sur ce montant au créancier porteur de jugement enregistré ?

Un article d'une loi, passée en France, en 1889, dit :

"Les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. Néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables."

Ce texte d'une grande lucidité ne laisse planer aucun doute sur l'interprétation du droit français actuel.

Nous ne trouvons dans nos codes ni dans nos statuts aucune disposition de ce genre. Avant 1889, en France, on considérait que les créanciers hypothécaires ou privilégiés n'avaient aucun droit de préférence sur l'indemnité d'assurance.

Et c'est la conclusion, semble-t-il, où il nous faut en venir aussi en notre droit d'après la nature de cette indemnité et du droit de préférence lui-même.

En effet, on ne peut dire, comme lorsqu'il s'agit de vente forcée, que l'indemnité représente la valeur de l'immeuble ; non, elle ne représente que les primes payées par l'assuré, c'est la résultante du paiement de ces primes fait par le débiteur à un tiers. Du reste, au point de vue des droits du créancier ayant hypothèque conventionnelle ou judiciaire, l'immeuble est détruit par force majeure ou cas fortuit, et il perd son privilège ou préférence par le fait même de la perte de son gage.

Le propriétaire avait bien le droit d'assurer son bien, mais au moyen de ce contrat, étranger au créancier, il ne garantit pas une préférence à ce dernier sur l'indemnité. Une préférence ne s'exerce que par exception et dans les cas spécialement prévus par la loi, or il n'y a rien dans la loi qui accorde une préférence sur l'indemnité d'assurance soit au créancier hypothécaire, soit au créancier privilégié. A l'égard des créanciers,

cette indemnité est une créance ordinaire appartenant à leur débiteur et qui peut être traitée comme toute autre.

Aussi, dans le cas d'une hypothèque conventionnelle, il est de pratique constante pour le créancier de se faire transporter l'indemnité d'assurance au moyen d'une indication de paiement ou d'un transport régulier: ce créancier acquiert ainsi, jusqu'à concurrence de ses droits, une véritable préférence, qui résulte non pas de la nature de sa créance, mais seulement du contrat survenu entre lui et son débiteur.

Le créancier portant jugement ne se trouve pas dans la même position que l'autre et ne peut exiger un transport, mais il peut également s'en faire consentir un, si son débiteur le veut bien, mais, sans convention, il n'a aucune préférence sur l'indemnité.

Il ne faut pas oublier du reste qu'il a toujours le droit de saisir et faire vendre, en vertu de son jugement, l'immeuble, si le débiteur lui refuse un transport vis-à-vis la compagnie assureur.

227.—Même au cas où un incendie détruit les bâties, et alors même que les autres créanciers hypothécaires lui sont préférés sur le montant de l'indemnité, il y aurait encore avantage pour un créancier d'avoir enregistré son hypothèque judiciaire, si cette dernière affecte en même temps et les bâties et le fonds, car celle-ci subsisterait sur ce fonds même et sa valeur serait augmentée par le fait du paiement total ou partiel des autres hypothèques.

228.—Remarquons que le créancier ayant hypothèque soit conventionnelle, soit judiciaire, peut lui même assurer son intérêt dans l'immeuble, tel que prescrit par l'article 2571 dans les termes suivants:

"L'intérêt d'une personne qui assure contre le feu peut être celui de propriétaire ou de créancier, ou tout autre intérêt dans la chose assurée, appréciable en argent; mais la nature de cet intérêt doit être spécifiée."

229.—Le but que s'est proposé le législateur en créant l'hypothèque judiciaire a été d'assurer davantage la force exécutoire des jugements. Ainsi cette hypothèque n'est pas,

comme l'hypothèque conventionnelle, un instrument de crédit, ni, comme la saisie, un moyen d'exécuter les jugements, mais elle est tout simplement une mesure conservatoire qui, tout en protégeant et les droits du créanciers et ceux du débiteur, donne aux jugements une valeur additionnelle au point de vue de leur exécution.

Elle a pour résultat pratique de diminuer le nombre des exécutions immobilières, en apportant au créancier une nouvelle garantie et en lui enlevant souvent toute raison de hâter l'exécution, et aussi de procurer au débiteur une extension de délai pour faire le paiement de la somme qu'il doit.

En notre droit, nous le savons, cette hypothèque est spéciale, bien qu'elle puisse affecter tous les immeubles du débiteur, tandis que dans le droit français, elle est générale, et, dans les deux systèmes de droit, elle est soumise aux lois de la publicité et a un caractère non conventionnel.

En terminant cette étude, il est à propos de se demander si l'hypothèque judiciaire, comme institution légale, est bonne et devrait être conservée, ou si, au contraire, elle devrait être abolie ?

L'hypothèque judiciaire a rencontré, en France, un grand nombre d'adversaires qui la combattent et demandent son abolition, surtout parce qu'elle fait naître une préférence à laquelle le créancier n'avait pas droit et, ce, le plus souvent, en faveur d'un créancier simplement plus diligent ou mieux averti; et aussi parce qu'elle est générale.

Ce dernier argument ne pourrait évidemment être invoqué à l'encontre de l'hypothèque judiciaire telle qu'organisée dans notre droit.

Pour nous, nous n'hésitons pas à nous prononcer en faveur de cette institution qui offre, à notre sens, des avantages qui dépassent de beaucoup ses inconvénients. Et un examen sommaire des effets que cette hypothèque produit, au triple point de vue du créancier qui l'exerce, du débiteur et des autres créanciers, suffit pour en convaincre.

230.—L'hypothèque judiciaire offre au créancier des avantages incontestables. Ainsi, l'individu qui a jugement peut ne pas vouloir l'exécuter immédiatement, peut-être par

motif humanitaire envers le débiteur, peut-être aussi parce que l'immeuble du débiteur est tellement grevé qu'il ne pourrait le faire utilement, et c'est dans de telles circonstances que cette hypothèque est avantageuse, puisque, sans que pour cela le débiteur puisse faire pire la position du créancier soit en aliénant, soit en grevant davantage son immeuble, elle lui permet de retarder son exécution, ce qui aura pour résultat de faire profiter le créancier d'une augmentation possible de la valeur de l'immeuble, s'il y a lieu, ou encore peut-être de laisser le loisir au débiteur d'acquitter son obligation sans subir la vente forcée.

Entre les mains du créancier, elle sera encore souvent un instrument de protection au cas où un appel, par exemple, l'empêche d'exécuter, car en enregistrant son hypothèque judiciaire aussitôt que le jugement dont elle résulte est rendu, il s'assure que, lorsque son jugement sera définitivement devenu exécutoire, il trouvera l'immeuble de son débiteur dans le même état légal, quant à lui, qu'au moment de l'enregistrement de son hypothèque.

Enfin, sans ce recours, dans ce dernier cas et dans d'autres, avant que le créancier ne puisse exécuter ou ne veuille exécuter, le débiteur pourrait aliéner l'immeuble au détriment de ses droits. S'il y avait fraude, ou si le débiteur était en état de faillite ou de déconfiture, il est vrai que le créancier aurait pour se protéger certains recours, mais combien longs, incertains, coûteux et souvent illusoires.

281.—Il ne peut être question d'injustice à l'égard du débiteur, parce que tous ses biens sont le gage de ses créanciers, et le créancier, au lieu d'enregistrer son hypothèque judiciaire, aurait pu également, dans la plupart des cas, agir plus rigoureusement envers le débiteur, en exécutant immédiatement son jugement.

Cette hypothèque a pour effet principal de lui procurer du délai avec toutes les conséquences avantageuses qui en découlent pour un débiteur.

Notons que le débiteur a toujours le droit de se libérer de cette hypothèque en acquittant son obligation.

232.—Les adversaires du régime de l'hypothèque judiciaire soutiennent qu'elle crée une position injuste à l'égard des autres créanciers en faveur du créancier hypothécaire.

Quant à nous, nous ne partageons pas cette opinion, car, si cette hypothèque ne peut leur apporter d'après sa nature même, aucun avantage, nous ne voyons pas qu'elle leur cause un préjudice dont ils peuvent se plaindre.

Remarquons, en premier lieu, que, si quelques créanciers avaient le droit de la déclarer comme étant injuste, ce ne serait évidemment que les créanciers actuels; en second lieu ne perdons pas de vue que la loi fournit aux autres créanciers les moyens de se protéger, quand il y a lieu, contre le créancier qui a enregistré son hypothèque judiciaire au cas de fraude, de déconfiture et de faillite.

Pour répondre à l'objection que l'on crée ainsi une cause injuste de préférence, il suffit, semble-t-il, de dire que, si l'hypothèque judiciaire a été valablement enregistrée et qu'elle est valide, le débiteur, à ce moment, aurait pu également accorder une hypothèque conventionnelle, et les autres créanciers dont la position, si elle n'est pas meilleure n'est pas pire par le fait que l'hypothèque inscrite est judiciaire, n'auraient pas eu le droit de s'en plaindre.

Enfin, les créanciers antérieurs ou actuels ont également le droit de prendre jugement et d'inscrire leurs hypothèques, et s'ils sont négligents à ce point de vue ou même moins diligents, sont-ils légalement en bonne posture pour se plaindre? La négative, croyons-nous, s'impose.

233.—*Conclusion.*—Donc, en résumé, dans notre opinion, cette institution de l'hypothèque judiciaire, qui a, d'ailleurs, subi l'épreuve du temps et dont l'abolition aurait pour effet d'augmenter le nombre des ventes forcées, comme le prouve ce qui s'est passé en Belgique, où, après son abolition, le nombre des exécutions immobilières a triplé, est bonne et digne de figurer dans notre Code Civil, parce que, et sans pour cela créer une situation injuste à l'égard des autres créanciers, elle procure de grands avantages au créancier qui l'exerce et même souvent au débiteur qui la subit.

PROPOSITIONS

Une personne peut faire un acte pour le compte d'autrui, mais non comme le représentant d'autrui. (Droit romain).

Ce n'est pas l'esclave, mais le maître qui est censé injurié. (Droit romain).

Il est permis de vendre la chose d'autrui. (Droit romain).

Le locataire n'est pas responsable envers le propriétaire pour pertes provenant de l'incendie des lieux loués, s'il prouve qu'il a agi en bon père de famille.

La femme peut payer la dette de son mari.

Un tiers peut consentir une hypothèque pour garantir la dette d'autrui, sans s'obliger personnellement au paiement de cette dette.

La mort de l'époux débiteur d'une pension alimentaire n'éteint pas le droit de l'autre qui peut la réclamer de sa succession.

Si l'ignorance de la loi n'est pas une excuse, l'ignorance d'un fait peut l'être.

La règle est qu'il faut un mandat pour opérer une arrestation, mais cette règle comporte des exceptions.

Un créancier peut exercer la faculté de réméré aux lieu et place de son débiteur.

Le garanti n'a pas le droit de lier contestation avec le garant qui prend son fait et cause.

L'héritier bénéficiaire peut être poursuivi sans mise en demeure de rendre compte.

Le billet donné par le failli à un créancier pour l'engager à signer la composition est nul.

Le détenteur régulier ne peut pas, en toutes circonstances, recouvrer du faiseur le montant d'un billet promissoire.

La prescription n'a pas lieu entre époux pour l'intérêt, malgré les articles 2250 et 2267 C. C.

Sous la loi des accidents du travail, sauf le cas de faute inexcusable, le patron ne peut être contraint de payer à la victime, ou à l'acquit de la victime, ou aux représentants de la victime, ou à leur acquit un montant capital au delà de deux mille piastres, même si option est faite pour une rente.

TABLE DES MATIERES

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE I

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES ET ORIGINE

	<i>Pages</i>
1. Généralités	5
2. Origine et signification du mot hypothèque	6
3. Origine comme droit	6
4. Comme institution de droit canadien	7
5. Définition de l'hypothèque	8
6. Différentes espèces	8
7. Sources	8
8. Origine de l'hypothèque judiciaire	8
9. Origine de l'hypothèque judiciaire du Code Civil ..	9
10. Ressemblance avec le Code Napoléon	9
11. Droit anglais	9

CHAPITRE II

DÉFINITION, NATURE, CARACTÈRE ET BIENS SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

12. Définition	10
13. Nature	11
14. Caractères	11
15. Droit réel	12
16. Droit de préférence	12
17. Droit de suite	12
18. Accessoire	12
19. Droit indivisible	12
20. Biens susceptibles d'hypothèque	13
21. Immeubles par nature	14
22. Immeubles par destination	14

23. Immeubles par l'objet auquel il s'attachent.	15
24. L'emphytéose.	15
25. L'usufruit.	15
26. L'usage et l'habitation.	16
27. Servitudes réelles.	16
28. Droits et actions immobiliers.	16
29. Hypothèque de l'hypothèque.	17
30. Immeubles par détermination de la loi.	18
31. Hypothèque sur meubles.	18
32. Hypothèque maritime.	21

CHAPITRE III

CAUSES DONT RÉSULTE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

33. L'article 2034 du Code Civil.	22
34. Quels tribunaux.	23
35. Quels jugements.	25
36. Somme fixe de deniers.	25
37. Accidents du travail.	26
38. Sentences arbitrales.	27
39. Tribunal incompétent.	28
40. Reddition de comptes.	31
41. Expropriation.	<u>31</u>
42. Pension alimentaire.	<u>33</u>
43. Rente viagère.	<u>35</u>
44. Commission des utilités publiques.	35
45. Titres exécutoires en France.	37
46. Cautionnement.	38
47. Actes judiciaires.	42
48. Jugements au dessous de \$40.00.	45
49. Jurisprudence.	51
50. Ce qu'il faut entendre par somme de \$40.00.	53
51. Frais.	55
52. Avertissement.	59

CHAPITRE IV

INTÉRÊTS ET FRAIS

53. Intérêts conservés par l'enregistrement du jugement	59
54. Interprétation de l'article 2124 C. C.	61
55. Surplus des intérêts.	65
56. Intérêts échus avant l'enregistrement	66
57. Intérêts des intérêts.	66
58. Deux années et l'année courante.	66
59. Frais mentionnés dans l'article 2034.	68

CHAPITRE V

L'ENREGISTREMENT

60. Nécessité de l'enregistrement.	69
61. But.	71
62. Historique.	71
63. L'enregistrement ne crée pas le droit.	73
64. L'hypothèque judiciaire doit être enregistrée.	73
65. Doctrine française.	76
66. Effets produits par l'hypothèque non enregistrée. ...	77
67. Jurisprudence.	79
68. Application des principes à l'hypothèque judiciaire.	86
69. Conséquences.	88
70. Exceptions.	90
71. L'enregistrement doit être légal.	91
72. Dangers de l'enregistrement illégal.	91

CHAPITRE VI

L'ENREGISTREMENT (*Suite*)

73. Mode et formalités.	92
74. Énonciations et procédure.	93
75. Conséquences de l'inobservation des formalités ou de l'omission d'une énonciation	93

76. Qui peut enregistrer	94
77. Le capable et l'incapable	95
78. Le mandataire	95
79. Un intéressé	95
80. Le créancier	96
81. Le procureur distrayant	96
82. Un <i>negotiorum gestor</i>	96
83. Jurisprudence	97
84. Opinions des auteurs	98
85. Conclusion	99
86. Quand peut-on enregistrer un jugement	100
87. Jurisprudence	101
88. Jugement maintenu	103
89. Jugement modifié	103
90. Jugement renversé	103
91. Nouvel appel	104
92. Opposition à un jugement	104
93. Requête en revision	105
94. Requête civile	105
95. Conclusion	105
96. Doctrine française	106
97. Responsabilité du procureur	107
98. Où enregistrer une hypothèque judiciaire	107

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I

BIENS SOUMIS A L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE QUANT A L'ÉPOQUE DE LEUR ACQUISITION

99. Considérations générales	109
100. Loi avant 1841	110
101. 4 Victoria chapitre 30 (1841)	110
102. 23 Victoria, chapitre 59 (1860)	112
103. Loi depuis le 1er août 1866	115
104. Statut 6 Édouard VII, chapitre 41 (1906)	120
105. Différences entre notre droit et le droit français	121

CHAPITRE II

EFFETS DE CERTAINES RESTRICTIONS AU DROIT DE PROPRIÉTÉ

106. Généralités.....	123
107. Substitution—Le grevé.....	123
108. L'appelé.....	125
109. Prohibition d'aliéner.....	126
110. Inaisissabilité.....	128
111. Incessibilité.....	130
112. Incapacités personnelles.....	132

CHAPITRE III

EFFETS DE CERTAINES MODALITÉS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

113. Principes généraux—Article 2038.....	133
114. Titre sujet à rescision.....	134
115. Rescision basée sur incapacité.....	135
116. Rescision basée sur fraude envers le créancier.....	136
117. Rescision basée sur dol, erreur, etc.....	136
118. Auteurs français.....	137
119. Jurisprudence.....	137
120. Hypothèque inscrite après l'institution de l'action en rescision.....	141
121. Propriétaire sous condition résolutoire.....	142
122. Vente à réméré—Droits du créancier de l'acquéreur.....	142
123. Droits du créancier du vendeur.....	143
124. Jurisprudence.....	144
125. Auteurs.....	146
126. Conclusion.....	146
127. Propriétaire sous condition suspensive.....	147

CHAPITRE IV

EFFETS DE QUELQUES LOIS SPÉCIALES SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

128. Généralités.....	148
129. Immeubles possédés par indivis.....	148
130.. Valeur de l'hypothèque sur ces immeubles—Remarques préliminaires.....	148
131. Appréciation.....	150
132. Article 731 C. C.....	151
133. Auteurs.....	152
134. Jurisprudence.....	153
135. Titre insuffisant.....	155
136. Terre du colon.....	156
137. Immeubles vendus pour taxes municipales.....	158
138. Immeubles sur lesquels certains droits n'ont pas été payés.....	159

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE I

JUSQU'À QUELLE ÉPOQUE PEUT-ON ENREGISTRER UN JUGEMENT. EMPÊCHEMENTS

139. Jusqu'à quelle époque peut-on enregistrer un jugement.....	161
140. Aliénation de l'immeuble.....	162
141. Connaissance d'un droit antérieur.....	162
142. Jurisprudence.....	165
143. Auteurs.....	166
144. Bénéfice d'inventaire.....	167
145. Droit français.....	167
146. Droit canadien.....	168
147. Immeuble sous saisie.....	170
148. S'il y a expropriation.....	171

149. S'il n'y a pas expropriation	173
150. Jurisprudence	173
151. Adjudication par le shérif	175
152. Droit français	178

CHAPITRE II

EMPÊCHEMENTS À L'ENREGISTREMENT (*Suite*)—Déconfiture et faillite

153. Généralités—Articles 2023 et 2090 C. C.	179
154. Définitions	180
155. Déconfiture—Position du créancier	181
156. L'article 2090 s'applique-t-il à l'état de déconfiture ?	182
157. Position du créancier dans le cas de faillite	184
158. Créanciers qui peuvent invoquer ces articles	184
159. Ces articles décrètent-ils une nullité absolue ?	185
160. Droit français	186
161. Jurisprudence	186
162. Par quelles actions peut-on se plaindre de l'enregistrement d'un jugement ?	193
163. L'action paulienne et l'action en nullité	193
164. Différences entre ces deux actions	196
165. Jurisprudence	196
166. Droit français	198

CHAPITRE III

RANG DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE ARTICLE 2098 C. C.

CRÉANCIERS DU VENDEUR

167. Sujet	199
168. Droit romain et droit français	199
169. Notre droit avant le Code	200
170. Notre droit depuis le Code	201
171. Différences entre le droit français et le nôtre	202

172. L'article 2098 C. C.—Origine et but	203
173. Créanciers du vendeur	205
174. L'article 2100 C. C.	207
175. Jurisprudence	207
176. Droit français	209

CHAPITRE IV

RANG DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.—ARTICLE 2098 (*Suite*) CRÉANCIERS DE L'ACQUÉREUR

177. Créanciers de l'acquéreur—Généralités	210
178. Jurisprudence—Hypothèques conventionnelles	211
179. Jurisprudence—Hypothèques judiciaires	216
180. Jugement de la Cour d'Appel dans la cause de Roch vs. Thouin	219
181. Conclusions	221
182. Auteurs canadiens	222
183. L'intention des Commissaires	223
184. Rang de deux créanciers ayant enregistré avant l'ac- quéreur	225
185. Droit français	225
186. Cause de Lacroix vs. Nault et Rousseau	227

QUATRIÈME PARTIE

CHAPITRE I

RADIATION

187. Définitions et généralités	228
188. Comment se fait la radiation	229
189. Radiation d'un jugement comportant frais	230
190. Qui peut demander la radiation et où cette demande doit être faite	230
191. Contre qui prendre l'action	231
192. Dans quels cas la radiation sera-t-elle ordonnée? ...	231
193. Documents à produire et formalités à observer	232

194. Jugement attaqué par requête civile	232
195. Jurisprudence	232
196. Auteurs français	234
197. Radiation illégale et nulle.—Généralités	234
198. Jurisprudence	236
199. Conclusion	240
200. Auteurs français	241
201. L'acquéreur peut-il forcer le vendeur à faire radier une hypothèque ?	242
202. Jurisprudence	244
203. Réduction de l'hypothèque	245
204. Renouvellement de l'enregistrement	245

CHAPITRE II

DROITS DU CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE, POSITION DU DÉTEN- TEUR ET ACTIONS HYPOTHÉCAIRES

205. Généralités	247
206. Quand le débiteur est possesseur à titre de proprié- taire	247
207. Quand un tiers détenteur est possesseur à titre de propriétaire	248
208. L'action hypothécaire	249
209. L'action en interruption de prescription	250
210. Ce que peut faire le tiers détenteur poursuivi hypo- thécairement	250
211. Défenses au fonds	250
212. Exceptions	251
213. Exception de discussion	251
214. Exception de garantie	251
215. Exception de subrogation	251
216. Exception résultant des impenses	252
217. Exception résultant d'une créance privilégiée ou d'une hypothèque antérieure	252
218. Paiement de la réclamation	253
219. Délaissement	253
220. Ratification de titre	253

221. Restrictions aux droits du débiteur et du tiers-détenteur	254
222. L'article 2054 C. C.	255
223. L'article 2076 C. C.	256
224. Position du tiers détenteur après le délaissement ..	257

CHAPITRE III

EXTINCTION ET APPRÉCIATION DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

225. Différents modes d'extinction—Article 2081	257
226. Indemnité d'assurance; l'hypothèque judiciaire ne comporte pas préférence sur cette indemnité	260
227. Avantages de l'hypothèque judiciaire au cas d'incendie	262
228. Article 2571 C. C.	262
229. Appréciation de l'hypothèque judiciaire—Considérations générales	262
230. Effets quant au créancier hypothécaire	263
231. Effets quant au débiteur	264
232. Effets quant aux autres créanciers	265
233. Conclusion	265

Propositions	267
--------------------	-----

